

**LA TEORÍA CONSTITUCIONAL Y LA TEORÍA
DEL DERECHO DE BUSH II**
La Constitución de emergencia entre el Derecho y la propaganda

*BUSH II'S CONSTITUTIONAL AND LEGAL THEORY.
The emergency Constitution between Law and propaganda*

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ
Universidad de León

Fecha de recepción: 14-4-09
Fecha de aceptación: 27-04-09

Resumen: *La doctrina Bush II de Derecho constitucional consiste en cuatro cambios del derecho constitucional positivo de los Estados Unidos, justificados mediante referencia a la excepcional amenaza que las nuevas formas de terrorismo suponen para la seguridad nacional. Bush II se ha arrogado el poder de ordenar la detención indefinida, la vigilancia sin mandato judicial, los asesinatos selectivos, la muerte o la tortura de los arrestados o caídos en la custodia física de los funcionarios estadounidenses. Tales cambios han de ser caracterizados como la aplicación consistente de una peculiar doctrina de derecho constitucional, que afirma la dualidad de la constitución estadounidense. Además, tales los cambios en el derecho positivo y en la doctrina constitucional se sustentan en una concepción ecléctica, minimalista y decisionista del derecho, que niega la existencia de una relación estructural entre el derecho y la razón práctica. Hay razones sobradas para tomarse muy en serio las consecuencias que ha tenido y tendrá la doctrina Bush II de Derecho constitucional, sin que ello implique que nos tomemos en serio el contenido sustantivo de estas teorías, y al hacerlo, contribuimos involuntariamente a su dignificación.*

Abstract: *The Bush II doctrine of constitutional law was aimed at a four-fold change of the US constitution, justified by reference to the exceptional threat to national security posed by new forms of terrorism. Bush II claimed for himself the power to decide the indefinite detention, the search and seizure without judicial warrant, the targeted assassination, and the cruel and unusual*

treatment (including torture) of all those who ended up under the physical custody of US personnel. These four changes are a concrete manifestation of a larger and very peculiar constitutional theory, which characterizes the US fundamental law as a dual constitution. In its turn, this constitutional theory is anchored to an eclectic, minimalistic and decisionistic conception of law, which denies any structural connection between law and practical reason. There are very good reasons to take very seriously the consequences of the Bush II doctrine of constitutional law, but that does not imply taking seriously the premises of the doctrine, and in such a way indirectly acknowledging it an scholarly dignity that it clearly does not deserve.

Palabras clave: teoría constitucional, Estado dual, poder constituyente, estado de excepción, decionismo jurídico.

Keywords: constitutional theory, constitution-making and pouvoir constituant, dual State, emergency powers, legal decisionism.

"A veces los valores propios de un genuino Estado de Derecho y de un auténtico gobierno democrático pueden defenderse mejor dejando temporalmente en suspenso, el derecho y la Constitución, a veces de forma radical. Dado que en tales ocasiones es necesario que alguien asuma una terrible responsabilidad y haga uso de la razón práctica característica de los verdaderos estadistas, no hay nada que pueda establecerse de antemano como guía de actuación en tales circunstancias".

JOHN FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*

"El problema no es tanto que haya actores renuentes a obedecer el derecho, como que haya abogados fuera de la ley".

Philippe Sands rebate a John Yoo en el debate entre ambos

INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza el contenido sustantivo y los fundamentos teóricos de la práctica constitucional estadounidense en los últimos ocho años, coincidentes con la presidencia de Bush II y con la llamada "guerra contra el terrorismo". Este período se caracteriza por un intento de transformar radicalmente la estructura y el contenido de la ley fundamental estadounidense mediante una redefinición de los términos del debate constitucional. Si bien la involución constitucional ha resultado fallida en términos sustantivos (debido a la resistencia del Tribunal Supremo a corroborar la constitucionalidad de elementos esenciales del programa de cambio bushiano y finalmen-



te, al repudio –al menos simbólico– de otras de ellas tras la elección de un nuevo Presidente), el análisis de la teoría del derecho y de la Constitución en las que los juristas de Bush II sustentaron sus argumentos nos alerta acerca de posibles e incluso probables transformaciones en la cultura constitucional y, en términos más amplios, jurídica de los Estados Unidos (y dada la influencia de este país, quizá globales). Lo que implica que salvo que el rechazo sustantivo se vea acompañado de una reflexión en profundidad acerca del papel desempeñado por determinadas teorías del derecho y por los métodos de enseñanza del derecho, la victoria del constitucionalismo liberal y democrático podría ser efímera.

El trabajo se divide en cuatro partes. En la primera, sostengo que la doctrina Bush II de derecho constitucional consiste en cuatro cambios del derecho constitucional positivo de los Estados Unidos; cambios que los asesores jurídicos de Bush II, y principales responsables de la constitucionalidad y legalidad de la acción del gobierno (a los que en adelante me refiero como sus juristas de corte, valiéndome de una expresión añeja pero ajustada a la realidad)¹ afirmaron forman parte del derecho constitucional estadounidense aplicable en las situaciones de emergencia. En concreto, se ha sostenido que la carta magna asigna al Presidente el poder de determinar de forma definitiva e irrevocable quién suponga un peligro para la seguridad nacional, y por ello haya de ser privado de una parte de sus derechos fundamentales (en concreto, sus derechos a la libertad, la intimidad, la vida y la integridad física). La constitución de emergencia apodera al Presidente para ordenar la detención indefinida, la vigilancia sin mandato judicial, los asesinatos selec-

¹ Como no escapara al lector, la etiqueta “juristas de corte” ha sido aplicada a los asesores jurídicos de los regímenes fascistas de la Europa de entreguerras. Es pertinente porque refleja una concepción partidista y militante del asesor jurídico de los gobernantes del que han hecho gala los principales juristas de la administración Bush II (y muy particularmente, David Addington, Timothy Flannigan, Alberto Gonzales, James Bybee, Jack Goldsmith, John Yoo y William Haynes II), como se sostiene *infra*, tanto en la introducción como en las conclusiones de este artículo. Sobre el particular, es especialmente instructivo lo manifestado tanto por Yoo (*War by other Means*, New York: Atlantic Press, 2006) como por Goldsmith (*The Terror Presidency*, New York: Norton, 2007). David Luban ha argumentado de forma contundente y brillante contra tal visión, que a su juicio amenaza la idea misma de integridad profesional aneja al ejercicio de la abogacía (véase D. LUBAN, *Ethics and Human Dignity*, Cambridge: Cambridge University Press, 2007, especialmente capítulo V (“The torture lawyers of Washington”). Véase también su reseña del citado libro de Yoo en *The New York Review of Books*, 15 Octubre de 2007, disponible en <http://www.nybooks.com/articles/19979> (bajo suscripción).

tivos, la muerte o la tortura de los arrestados o caídos en la custodia física de los funcionarios estadounidenses. En la segunda parte, afirmo que los citados cambios han de ser caracterizados como la aplicación consistente de la doctrina Bush II de derecho constitucional, que afirma la dualidad de la constitución estadounidense, distinguiendo la ley fundamental ordinaria de aquella extraordinaria, al tiempo que niega que buena parte de las normas de derecho internacional tengan plena (o siquiera relativa) validez jurídica. En tercer lugar, arguyo que los cambios en el derecho positivo y en la doctrina constitucional que han defendido los miembros más destacados de la administración Bush II, y muy especialmente, los juristas de corte se sustentan en una concepción ecléctica, minimalista y decisionista del derecho, que niega la existencia de una relación estructural entre el derecho y la razón pública. El minimalismo de la teoría del derecho de Bush II permite que sus asesores jurídicos se hayan apoyado en una “coalición” de teorías jurídicas (el originalismo de Scalia; el derecho natural “moderno” de Finnis y el pragmatismo de Posner) cuyo mínimo común denominador es la defensa, en último extremo, de una concepción prescriptivista del derecho. En cuarto lugar, creo que hay razones sobradas para tomarse muy en serio las consecuencias que ha tenido y tendrá la doctrina Bush II de derecho constitucional, sin que ello implique que nos tomemos en serio el contenido sustantivo de estas teorías, y al hacerlo, contribuyamos involuntariamente a su dignificación. Una interpretación serena del derecho constitucional de Bush II lleva a concluir que la producción de teorías constitucionales era parte del esfuerzo propagandístico encaminado a la transformación radical de la práctica constitucional. Ello aconseja que consideremos, como haré en las conclusiones de este artículo, la semejanza que existe entre la teoría Bush II del derecho constitucional y el consejo interesado y puramente estratégico característico de buena parte de los representantes legales de los capos mafiosos o pseudo-mafiosos, así como el de los juristas de corte de los estados fascistas, en tanto en cuanto ambicionan instrumentalizar el derecho al servicio del poder.

1. LOS CUATRO GRANDES MODIFICACIONES DE LA CONSTITUCIÓN DEFENDIDAS POR BUSH II

Bush II ha tratado de alterar cuatro elementos esenciales del derecho constitucional estadounidense, con el objeto de acrecentar el poder del eje-

cutivo en detrimento del asignado a otras instituciones (o que ha de ser ejercitado siguiendo procedimientos en los que desempeñan un papel decisivo otras instituciones)². Tales cambios han dado lugar a una doctrina constitucional que hace posible la infracción sistemática de los derechos a la libertad, intimidad, integridad física y vida tanto de los ciudadanos como de los residentes o transeúntes, al tiempo que viola de forma evidente las normas internacionales.

Los juristas de corte de Bush II suelen afirmar que se trata de la aplicación temporal y circunscrita de estándares constitucionales de emergencia; a lo que añaden que las normas excepcionales sólo se aplican a los “enemigos combatientes”. Sin embargo, sería erróneo aceptar acríticamente la calificación de los hechos propuesta por los propios juristas de la administración actual. Por una parte, se afirma en muchas ocasiones que la “guerra contra el terrorismo” durará cuando menos una “generación”³; lo que implica que los cambios que eventualmente se introduzcan en la constitución para hacer frente a la situación de emergencia tendrán una tendencia natural a convertirse en parte permanente del ordenamiento jurídico. Por otra parte, el término “combatiente enemigo” puede ampliarse hasta cubrir a cualquier persona que el Presidente o el Vicepresidente afirmen reúne tal condición⁴. La vaguedad del estándar y la negación a los tribunales de cualquier facultad de control hacen absolutamente imposible prever con un mínimo grado de certeza el ámbito de aplicación de la constitución de excepción.

Es posible distinguir tres grandes líneas de justificación de las modificaciones constitucionales propuestas por los juristas de Bush II; líneas que como veremos en la sección III, derivan en buena medida del recurso a una teoría ecléctica del derecho. En concreto, los asesores presidenciales se valen

² La mejor descripción de conjunto puede leerse en Ch. SAVAGE, *Takeover*, Little, Brown and Company, Boston, 2007. Aportan detalles fundamentales J. MAYER, *The Dark Side*, Doubleday, New York, 2008 y B. GELLMAN, *Angler*, Penguin, New York, 2008.

³ Al declarar una guerra global contra el terrorismo y al afirmar que el objetivo de la misma era derrotar a todos los grupos terroristas capaces de actuar globalmente, Bush II abrió un conflicto inevitablemente largo. Véase su Discurso al Congreso y al Pueblo de Estados Unidos de 20 de Septiembre de 2001, disponible en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2001/09/20010920-8.html>.

⁴ Un análisis en profundidad de cómo la administración de Bush II ha empleado el término se encuentra en P. J. HONIGSBERG, ‘Chasing “Enemy Combatants” and circumventing international law: A licence for sanctioned abuse’, *UCLA Journal of International Law and Foreign Affairs*, 2007, pp. 1-74.

típicamente de argumentos (1) “dogmático-jurídicos”, atinentes al tenor literal y el significado “prístino” de las normas constitucionales; (2) “morales”, referentes a la peculiar estructura normativa de las situaciones de emergencia; (3) puramente “prudenciales”, relativos a las consecuencias que se derivan del favorecimiento de una u otra interpretación, especialmente en el peculiar mundo en el que nos toca vivir desde el 12 de Septiembre de 2001, en el que se nos dice que “estamos a una bomba” de una hecatombe de dimensiones gigantescas. Mientras que los argumentos “dogmáticos” son necesariamente distintos en cada caso (al ser también lógicamente distintas las disposiciones constitucionales aplicables), en todos los supuestos los juristas de corte de Bush II se apoyan en el pretendido significado prístino de las normas constitucionales y de los debates constituyentes o legislativos, a expensas de los argumentos teleológicos o sistemáticos. Dada la bien conocida dificultad de determinar de forma objetiva la intención de los órganos colectivos de toma de decisiones, la consecuencia necesaria de la primacía de la búsqueda del sentido “original” de las normas jurídicas es el de aumentar la discrecionalidad del intérprete. Por lo que se refiere a los argumentos normativos, los más frecuentes son los dos siguientes. El primero afirma que la determinación de qué sea moral (y por ende, legal) en una situación de emergencia no puede realizarse mediante referencia al derecho, sino que ha de confiarse al juicio práctico de los líderes políticos. La relación ordinaria entre derecho y moral (siendo el primero complemento necesario de la segunda para lograr la integración social en las circunstancias complejas de las sociedades modernas) se invierte, y es ahora la moral (de emergencia) la que determina que sea legal (en tanto que moral) hacer. O por decirlo con ayuda de la máxima latina, no sólo *inter arma silent leges*, sino también *inter arma silent mores*. El segundo, complemento del primero, sostiene que toda comunidad política amenazada en su existencia tiene derecho a negar todo derecho a aquéllos (general, pero no exclusivamente extranjeros) que constituyen tal amenaza. La privación radical de todo derecho a los “terroristas” (o en el equivalente jurídico de tal expresión, a los “combatientes enemigos”) deriva de la más coherente interpretación del derecho constitucional positivo, y ello dado que nos encontramos ante la exigencia moral de asegurar la supervivencia de la comunidad política (una variante peculiarmente moralizante del antiquísimo *salus populi suprema lex est*). Finalmente, el argumento prudencial típico afirma que la naturaleza radicalmente “nueva” de la amenaza terrorista hace necesario sustituir el proceso penal tradicional, estruc-



turado en torno a la libertad de acción y a la sanción retroactiva de los actos ilícitos, por la justicia “prospectiva”, reduciendo las posibilidades fácticas de que se cometan delitos. Lo que exige “redefinir” los derechos fundamentales de los ciudadanos de modo y manera que sea posible que las agencias de inteligencia y las fuerzas de orden público se procuren la información necesaria sobre todo sospechoso de terrorismo⁵.

Antes de analizar en detalle cada una de las modificaciones constitucionales de Bush II, es oportuno resaltar que el carácter radical de la “agenda” constitucional de la administración Bush II consiste en haber pretendido alterar el contenido del derecho constitucional positivo. No es por desgracia la primera vez que un Presidente de Estados Unidos ordena actos flagrantemente contrarios a una buena parte de los derechos proclamados por la Constitución de ese país. Pero Bush II no ha pretendido sólo actuar inconstitucionalmente en el secreto de la noche, si me permite la expresión, sino que ha pretendido normalizar y banalizar lo que hasta el 11 de Septiembre de 2001 eran actos no sólo ilegales, sino abiertamente inconstitucionales⁶. La diferencia entre una y otra estrategia puede ser menor desde la perspectiva de la víctima individual, pero es colosal desde una perspectiva colectiva, al tiempo que aumenta el riesgo de corrosión de los estándares constitucionales⁷.

1.1. La negación del *habeas corpus*

De conformidad con la primera modificación constitucional que informó la acción del ejecutivo de Bush II, el Presidente tiene el poder de establecer de forma fehaciente y concluyente que cualquier persona (incluidos los ciudadanos estadounidenses) sea un “combatiente enemigo”, y en condición de tal, haya de ser arrestado, y bien sea confinado en instalaciones militares en el territorio nacional, o bien transferido a una jurisdicción extranjera. En tanto que estos poderes son inherentes al ejercicio de la Presidencia, y no pueden ser limitados o condicionados por ninguna otra institución o

⁵ Dictamen de Gonzales de 25 de Enero de 2002, disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.25.pdf>, p.2.

⁶ Entrevista a Cheney en el programa *Meet the Press*, de 16 de Septiembre de 2001.

⁷ Un análisis de las consecuencias para la salud de la (según el autor agonizante) democracia estadounidense en Sh. S. WOLIN, *Democracy Inc*, Princeton: Princeton University Press, 2008 (hay traducción al castellano. *Democracia S.A.*, Madrid y Buenos Aires: Katz, 2009).

cuestionados en proceso judicial alguno⁸, la primera doctrina de Bush II implica negar el “habeas corpus”, y por tanto la tutela judicial efectiva, a los combatientes enemigos.

Esta doctrina comprende tres prerrogativas específicas. La primera es la de negar el derecho a la tutela de los tribunales civiles y militares ordinarios. El resultado es que los combatientes enemigos son llevados ante comisiones militares y sujetos a un proceso que en modo alguno garantiza sus derechos básicos⁹. Aunque el texto original de la orden ejecutiva mediante la que así se dispuso excluía de su ámbito de aplicación a los ciudadanos estadounidenses, dos de ellos fueron clasificados como combatientes enemigos y detenidos al margen de todo proceso legal por orden del Presidente¹⁰.

En segundo lugar, se negó a los combatientes enemigos los derechos reconocidos en el Convenio de Ginebra relativos al trato debido a los prisioneros de guerra, argumentándose que la naturaleza de la “guerra contra el terrorismo” había convertido a las normas convencionales del derecho internacional humanitario en textos jurídicos “anticuados” y “obsoletos”¹¹.

⁸ Véase B. EGELKO, ‘Gonzales says the Constitution doesn’t guarantee habeas corpus’, San Francisco Chronicle, 24 January 2007, disponible en <http://www.sfgate.com/cgi-bin/article.cgi?f=/c/a/2007/01/24/MNGDONO11O1.DTL>.

⁹ ‘Detention, Treatment, and Trial of Certain Non-Citizens in the War Against Terrorism’, Executive Order of 13 November 2001, disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=63124>.

¹⁰ Sobre Padilla y Hamdi, véase B. ACKERMAN, *Before the Next Attack*, New Haven: Yale University Press, 2005, pp. 24ss (hay traducción al castellano: *Antes de que nos ataquen de Nuevo*, Barcelona: Península, 2006).

¹¹ Gonzales acuñó las expresiones *quaint* y *obsolete*, que literalmente significan extraño o pintoresco y obsoleto. Dejando de lado las asociaciones que el término sugiere a muchos votantes de Bush II, creo que en castellano es quizá apropiado traducirlo como anticuado. El 18 de Enero de 2002, Bush II aprobó una orden ejecutiva [un tipo específico de acto del ejecutivo cuyo valor jurídico sólo puede explicarse teniendo en cuenta que el Presidente de los Estados Unidos es elegido mediante un proceso político que le otorga legitimidad democrática directa, pese a la intervención del Colegio Electoral] fundamentada en el dictamen de la Oficina de Consejo Jurídico que negaba que los combatientes enemigos pudieran disfrutar de ninguno de los derechos reconocidos en las Convenciones de Ginebra (véase el Dictamen de John Yoo y Robert J Delahunty a William J Haynes II, ‘Application of Treaties and Laws to al Qaeda and Taliban Detainees’, 9 Enero de 2002, disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.09.pdf>). A este dictamen siguió el de Bybee (entonces Director de la Oficina de Consejo Jurídico) de 22 de Enero de 2002, disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.01.22.pdf> y el de Gonzales (asesor jurídico del gabinete del Presidente) de 25 de Enero de 2002, *supra*, fn 5.

En tercer lugar, los detenidos que se estimaba podían suministrar en mayor medida información sobre los planes de los terroristas fueron transferidos a territorios “al margen de la ley”, tales como Guantánamo¹², y sobre todo, las nefandas prisiones secretas (los “black sites” de Irak, Afganistán, Polonia, Rumanía, Lituania, Diego García y Djibouti, entre otros países)¹³, y las prisiones de terceros países (todos ellos caracterizados por la negra historia de violaciones de los derechos fundamentales de los detenidos, como es el caso de Marruecos, Siria y Egipto), tras haber sido extraditados de forma “extraordinaria” (i.e. ilegal)¹⁴.

Todo ello se pretendió defender basándose en que la lucha contra Al Qaeda (y las organizaciones secuaces que forman parte de la nebulosa que se define como enemigo en la guerra contra el terrorismo) es una guerra en sentido propio, y que por tanto los combatientes enemigos pueden ser arrestados por tanto tiempo como dure el conflicto (lo que de por sí es un principio asentado del *ius in bello* internacional)¹⁵. Se sostiene, pues, que dado que el conflicto se define como una guerra de un tipo radical y fundamentalmente “nuevo”, se precisan normas radical y fundamentalmente “nuevas”, que trasciendan las disposiciones “anticuadas y obsoletas” de las Convenciones de Ginebra y del Código Penal Militar¹⁶. En concreto, los juristas de corte de Bush II rechazaron tanto que pudiera derivarse un derecho de los

¹² Véase ‘Memorandum for William J. Haynes, “Re: Possible Habeas Jurisdiction Over Aliens Held in Guantanamo Bay” (del que fueron autores John Yoo y Patrick Philbin), de 28 de Diciembre de 2001 y disponible en http://www.pegc.us/archive/DOJ/20011228_philbinmemo.pdf.

¹³ D. PRIEST, ‘CIA Holds Terror Suspects in Secret Prisons’, *The Washington Post*, 2 de Noviembre de 2005. Bush II admitió de manera expresa la existencia de prisiones secretas el 6 de Septiembre de 2006 (<http://www.whitehouse.gov/news/releases/2006/09/20060906-3.html>).

¹⁴ Dictamen de Yoo ‘The President Power as Commander in Chief to Transfer Captive Terrorists to the Control and Custody of Foreign Nations’, de 13 de Marzo de 2002, disponible en <http://www.usdoj.gov/opa/documents/memorandum03132002.pdf>. Sobre el programa de extradiciones extraordinarias, véase *CIA above the law? Secret detentions and unlawful inter-state transfers of detainees in Europe*, Estrasburgo: Consejo de Europa, 2008 y el informe del Comité ad hoc del Parlamento Europeo, disponible en <http://www.statewatch.org/news/2007/jan/ep-cia-rendition-cttee-report.pdf>. Véase también S. GRAY, *Ghost Plane*, St Martin Press, New York, 2006.

¹⁵ Como se deriva de la lectura sistemática de los artículos 21, 118 y 111 del Convenio de Ginebra relativo al trato debido a los prisioneros de guerra, de 12 de Agosto de 1949.

¹⁶ Yoo, *supra*, fn 1, p. 36.

“combatientes enemigos” a la tutela judicial efectiva y al juez ordinario de la Cuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos, como que los Convenios de Ginebra (y muy especialmente el Artículo Tres Común a los Cuatro Convenios) vincularan en tal sentido a los poderes públicos estadounidenses (en concreto, porque ese derecho a la tutela judicial efectiva de los combatientes reflejara una norma de *ius cogens*). Mediante una interpretación presuntamente literal de las citadas disposiciones, los asesores jurídicos del Presidente concluyeron que el derecho positivo sólo reconoce garantías procesales a aquéllos que forman parte de la comunidad política; ámbito del que es pertinente excluir de forma completa y absoluta a quienes pretendan destruirla¹⁷. Los Convenios de Ginebra sólo serían aplicables en conflictos de los que fueran parte las “naciones civilizadas”, a las que no pertenecen los combatientes de Al Qaeda ni los talibanes (estos últimos en atención a que el Afganistán que controlaban había de ser definido como un “estado fallido”, otro de los neologismos jurídicos de la “guerra contra el terrorismo”).

Varios de los Jefes de los servicios jurídicos militares, así como los asesores jurídicos del Secretario de Estado Powell manifestaron su rotundo desacuerdo con la primera enmienda de Bush II. Las discordancias en el interior de la administración explican porque fueron necesarios años para redactar las normas básicas de funcionamiento de las comisiones militares. De forma aún más decisiva, la saga de decisiones del Tribunal Supremo¹⁸, y las respuestas legislativas a las mismas del Congreso¹⁹ arrojan una sombra de duda acerca de la vigencia de la primera modificación constitucional bushiana.

1.2. La vigilancia y las escuchas de combatientes enemigos sin mandato judicial

La segunda modificación constitucional operada por Bush II afirma que el Presidente de los Estados Unidos puede ordenar la vigilancia y la escucha de los combatientes enemigos (y si fuere necesario a tal fin, incidentalmente

¹⁷ Ibidem, pp. 16, 23 and 33.

¹⁸ Muy especialmente, *Rasul*, 542 US 466 (2004), *Hamdi*, 542 US 507 (2004), *Hamdan*, 548 U.S. 557 (2006) y *In Boumediene*, disponible en <http://www.supremecourtus.gov/opinions/07pdf/06-1195.pdf>.

¹⁹ Ley sobre Tratamiento de Detenidos de 2005, 119 Stat 2680, p. 2739 (véase también la declaración adjunta a la firma de Bush, disponible en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/12/20051230-8.html>) y la Ley de Comisiones Militares de 2006, 120 Stat 2600.

hacer lo propio con residentes permanentes o incluso ciudadanos de los Estados Unidos); y hacerlo *de motu proprio*, sin necesidad de ver refrendada su decisión por un mandato judicial aprobatorio.

El segundo cambio constitucional bushiano implica alterar profundamente el perfil y contenido sustantivo del derecho a la intimidad, tal y como se deriva de la interpretación habitual de la Cuarta Enmienda (y muy especialmente, de la línea jurisprudencial abierta por *Katz*²⁰ y *Keith*²¹, en buena medida codificada en la Ley de los Servicios de Inteligencia y de Seguridad)²². Los juristas de Bush II han sostenido que la Cuarta Enmienda a la Constitución de Estados Unidos sólo exige que toda vigilancia y/o escucha se lleve a cabo en forma y modo “razonables”. La obtención de un mandato judicial es en muchos casos garantía de la razonabilidad de la escucha, pero no es la única; no siendo adecuada cuando se trata de proteger simultáneamente los derechos fundamentales subjetivos y el interés colectivo o general en la obtención de la información cuando la seguridad nacional está en juego durante una guerra; en tales casos, el visto bueno del Presidente o del Fiscal General concilian mejor derechos fundamentales e intereses colectivos²³. Cualquier disposición legal que limite el poder del Presidente en tales circunstancias ha de ser considerada como inconstitucional.

La segunda modificación bushiana dio apariencia de fundamento constitucional al Programa de Vigilancia Terrorista operativo desde Octubre de 2001²⁴. Aunque el programa sigue siendo secreto, sabemos que han sido controladas de un modo u otro todas las comunicaciones internacionales con origen o destino en los Estados Unidos en las que haya participado una

²⁰ 389 US 347 (1967).

²¹ 407 US 297 (1972).

²² 92 Stat 1783. La “FISA” no regulaba los registros “físicos” hasta 1994. Véase 108 Stat 3423, sección 807, p. 3443. Sobre la práctica institucional antes de 2001, véase A. R. CINQUEGRANA, ‘The Walls (and Wires) have Ears: The Background and the First Ten Years of The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978’, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 137, 1989, pp. 793-828.

²³ Discurso radiofónico del Presidente Bush de 17 de Diciembre de 2005, transcripción disponible en <http://www.whitehouse.gov/news/releases/2005/12/20051217.html>. Véase también el dictamen del Departamento de Justicia Legal Authorities supporting the activities of the National Security Agency described by the President, de 19 de Enero de 2006, disponible en <http://www.usdoj.gov/opa/whitepaperonnsalegalauthorities.pdf>.

²⁴ J. RISEN and E. LICHTBLAU, ‘Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts’, *The New York Times*, 16 de Diciembre de 2005.

persona sobre la que recaía la “sospecha razonable” de ser miembro de Al Qaeda. Hay buenas razones para pensar que hubo otros programas de escucha y vigilancia basados en la segunda modificación constitucional bushiana²⁵. Baste citar la numerosa información acerca del uso de los centros de comunicaciones de las principales empresas del sector para tareas de vigilancia y escucha²⁶.

La tragicomedia de la “re-certificación”²⁷ del Programa de Vigilancia Terrorista en Marzo de 2004 pone de relieve que incluso varios de los juristas de corte de Bush II albergaban serias dudas acerca de la constitucionalidad del citado programa²⁸, aunque no supiéramos de ellas hasta que la existencia de tal operativo fue de dominio público²⁹. Pese al control demócrata del Congreso tras las elecciones de 2006, Bush II logró que los parlamentarios dieran su apoyo implícito a los programas de escucha al aprobar la Ley de Protección de Estados Unidos en 2007, que daba cobertura legal (si bien provisional) a los mismos³⁰. En particular, la exigencia de un mandato judicial para cada operación de vigilancia y/o escucha fue sustituida por el control judicial de las líneas directrices de las operaciones de vigilancia de

²⁵ De ellas, la más espectacular fue el programa de Conciencia Informativa Total, basado en el rastreo masivo de información en bases de datos tanto públicas como privadas. No deja de llamar la atención el poco o nulo esfuerzo que se ha dedicado a esclarecer la relación entre dichos planos y las iniciativas llevadas a cabo bajo el Acuerdo UKUSA, y en particular la red Echelon. Sobre esta última, véase L. D. SLOAN, ‘Echelon and the Legal Restraints on Signal Intelligence: a need for reevaluation’, *Duke Law Journal*, núm. 50, 2000, pp. 1467-1510.

²⁶ Véanse también las informaciones publicadas por el diario USA Today sobre el acceso del gobierno a elencos completos de listas de llamadas, y muy especialmente ‘NSA has massive database of Americans’ phone calls’, USA Today, 5 October 2006. Cótéjese también lo publicado por la Electronic Frontier Foundation en relación con AT&T, disponible en <http://www.eff.org/nsa/hepting>. La primera admisión por parte de un actor institucional del papel desempeñado por las empresas de telecomunicaciones puede leerse en Ch. ROBERTS, ‘Debate on foreign intelligence surveillance’, *El Paso Times*, 22 August 2007.

²⁷ O lo que es lo mismo, la extensión o prórroga del período de vigencia de un programa inicialmente aprobado para un período limitado de tiempo.

²⁸ Véase el relato de Savage, *supra*, note 2, pp. 185-88.

²⁹ Una muestra de las críticas de académicos se encuentra en C. BRADLEY, D. COLE, W. DELLINGER, R. DWORKIN, R. EPSTEIN, PH. B. HEYMANN y otros, ‘On NSA Spying: A Letter to Congress’, *The New York Review of Books*, núm. 53, 2006, 9 February 2006, disponible en <http://www.nybooks.com/articles/18650#fn1>. El programa fue terminado a principios de 2007. Véase la carta del Ministro de Justicia Gonzales al Comité Judicial del Senado, de 17 de Enero de 2007, disponible en <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fisa/ag011707.pdf>.

³⁰ 12 Stat 552.

personas de las que es “razonable” pensar se encuentran en territorio extranjero. De este modo, el Congreso pretendió legalizar la vigilancia de residentes o ciudadanos que estén en territorio estadounidense (pues pueden ser objeto de vigilancia sin mandato judicial si existen bases razonables para pensar que estaban en el extranjero, o son parte de una comunicación con una persona que sí lo esté –o de la que sea razonable pensar que lo está³¹). A ello hemos de añadir que poco después, el Congreso aprobó una reforma de la Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera (que cito por el acrónimo inglés FISA)³² mediante la que se dota de fundamento jurídico permanente a buena parte de los poderes que Bush II se viene arrogando al afirmar su segunda enmienda constitucional (al tiempo que se concedía graciosa inmunidad a las empresas que habían venido colaborando con la vigilancia y escuchas desde 2001).

1.3. El Asesinato de Combatientes Enemigos

El tercer cambio constitucional promovido por la administración de Bush II afirma que el Presidente tiene capacidad para ordenar el asesinato de los combatientes enemigos.

No resulta aventurado afirmar que a finales del siglo XX era doctrina pacífica que tanto el derecho interno como el derecho internacional prohibían tajantemente a cualquier miembro del ejecutivo, incluido el Presidente, disponer de la vida de una persona en ausencia del debido procedimiento judicial (y en muchos sistemas jurídicos, la privación de la vida estaba taxa-

³¹ ‘Shifting the FISA paradigm: Protecting Civil Liberties by eliminating ex ante judicial approval’, *Harvard Law Review*, núm 121, 2008, pp. 2200-21.

³² La Ley de Vigilancia de Inteligencia Extranjera de 1978 fue parte del paquete de medidas legislativas orientadas a enmarcar constitucionalmente el ejercicio de poderes ejecutivos tras los múltiples abusos cometidos por varias administraciones y revelados por el Comité Church y otras investigaciones del Congreso estadounidense. La Ley modulaba la exigencia de un mandato judicial previo en el ámbito de la inteligencia extranjera mediante la creación de un órgano jurisdiccional y un procedimiento ad hoc. En la práctica constitucional, el ejecutivo ha conseguido prácticamente todas las autorizaciones solicitadas (al menos hasta la Presidencia de Bush II), pero la supervisión judicial ha conducido, muy probablemente, a evitar el ejercicio abusivo de tales poderes. Sobre la práctica constitucional hasta el 11/S, véase A. R. CINQUEGRANA, ‘The Walls (and Wires) have Ears: The Background and the First Ten Years of The Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978’, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 137, 1989, pp. 793-828. Una crítica de la práctica bushiana en W. C. BANKS, ‘The Death of FISA’, *Minnesota Law Review* núm. 91, 2007, pp. 1209-1300.

tivamente prohibida como pena)³³. La única excepción significativa la constituía Israel, que, como es bien conocido, practicaba el asesinato selectivo fuera de su territorio de manera sistemática³⁴. En el caso de Estados Unidos, la inconstitucionalidad de los asesinatos selectivos era obvia tras las decisiones del Congreso previas y posteriores al comité Church acerca de las operaciones ilegales y abusivas de la CIA durante la guerra fría³⁵, y de forma concreta, las subsiguientes órdenes ejecutivas prohibiendo el asesinato de los Presidentes Ford, Carter y Reagan³⁶.

En contra de tales antecedentes, Bush II firmó una circular secreta³⁷ en la que autorizaba la ejecución de asesinatos selectivos pasadas literalmente horas después de los atentados del 11 de Septiembre³⁸. Tenemos noticia de que el ámbito de la autorización presidencial se amplió en el año 2002³⁹. En la primavera de 2003, el recurso a las ejecuciones extrajudiciales se había normalizado, hasta el punto de que se dio amplia cuenta en los medios de comunicación del intento de asesinato de Saddam Hussein en las horas previas al inicio de la campaña militar en Irak⁴⁰. Desde entonces, el número de asesinatos de los que hemos tenido noticia por la prensa es considerable; incluso es público y notorio que el Presidente dio “licencia para matar” a los

³³ M. N. SCHMITT, ‘State Sponsored Assassination in International and Domestic Law’, *Yale Journal of International Law*, núm 17, 1992, pp. 609-685. Sobre la pena de muerte en Estados Unidos, véase M. A FOLEY, *Arbitrary and Capricious: The Supreme Court, the Constitution and the Death Penalty*, Praeger, West Port, Connecticut, 2003.

³⁴ Véanse J N. KENDALL, ‘Israeli Counter-terrorism: targeted killings under international law’, *North Carolina Law Review*, núm. 80, 2002, pp. 1069-88; K. EICHENSEHR, ‘On target? Israeli Supreme Court and the expansion of targeted killings’, *Yale Law Journal*, núm. 116, 2007, pp. 1873-82.

³⁵ Cotéjese el informe de la Comisión Church sobre asesinatos selectivos, en http://www.aarclibrary.org/publib/contents/church/contents_church_reports_ir.htm.

³⁶ Véase Orden Ejecutiva 11905, de 18 de Febrero de 1976, sección 5(9), disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/print.php?pid=59348>; Orden Ejecutiva 12036, de 24 de Enero de 1978, sección 2-305, disponible en <http://www.presidency.ucsb.edu/ws/index.php?pid=31100>; Orden Ejecutiva 12333, de 4 de Diciembre de 1981, sección 2.11, disponible en <http://www.archives.gov/federal-register/codification/executive-order/12333.html>.

³⁷ Así traduzco el término “secret intelligence finding”.

³⁸ B. WOODWARD, ‘CIA Told to Do “Whatever Necessary” to Kill Bin Laden’, *Washington Post*, 21 de Octubre de 2001.

³⁹ J. RISEN y D. JOHNSTON, ‘CIA expands authority to kill Qaeda leaders’, *New York Times*, 15 de Diciembre 2002.

⁴⁰ D. E. SANGER y J. F. BURNS, ‘Bush Orders Start of War on Iraq; Missiles apparently miss Hussein’, *New York Times*, 20 de Marzo de 2003.

agentes que participaron (y quizá siguen participando a la fecha de cierre de este artículo) en las operaciones secretas en territorio iraní⁴¹.

Pese a que prácticamente no medió dilación entre los atentados del 11 de Septiembre de 2001 y la circular presidencial autorizando el recurso al asesinato selectivo, y que por ello parece que no existe un dictamen formal de los “abogados” de Bush II justificando la constitucionalidad de la medida, el hombre que con gran probabilidad fue consultado oralmente en tanto que responsable a todos los efectos de la Oficina de Consejo Jurídico⁴², John Yoo, ha afirmado por escrito que en su opinión, la prohibición presidencial de recurrir al asesinato no es de aplicación en la “guerra contra el terrorismo”⁴³, en tanto que nos encontramos ante un nuevo tipo de conflicto en el que los enemigos no serán derrotados en “operaciones convencionales”, sino mediante “asesinatos selectivos de carácter terapéutico”⁴⁴. Y ello en aplicación de la doctrina más amplia de la “legítima defensa preventiva colectiva” que también fundamenta la primera modificación constitucional de Bush II, y que distorsiona notablemente el concepto de legítima defensa colectiva tal y como se recoge en el artículo 51 de la Carta de Naciones Unidas⁴⁵.

1.4. La Tortura de Combatientes Enemigos

La cuarta modificación constitucional sobre la que Bush II ha desarrollado su acción presidencial afirma que el Presidente es competente para decidir libérrimamente las técnicas con ayuda de las cuáles se procederá a inte-

⁴¹ A. COCKBURN, ‘Secret Bush “Finding” Widens War on Iran’, *Counterpunch*, 2 de Mayo de 2008.

⁴² La Oficina de Consejo Jurídico (“*Office of Legal Counsel*”, generalmente referida mediante el acrónimo OLC) es un órgano del Departamento de Justicia, que por delegación del *Attorney General* (básicamente equivalente a nuestro Ministro de Justicia, aunque también asume funciones fiscales) desempeña la función de supremo órgano consultivo acerca de la constitucionalidad y legalidad de la acción gubernamental. El partidismo de la Oficina bajo la Presidencia de Bush II ha hecho que sea conocida como “*The President’s law firm*”.

⁴³ Ibidem, p. 58 y muy especialmente pp. 60 y 63.

⁴⁴ Ibidem, p. 54. La inercia argumentativa lleva a Yoo a afirmar que los atentados del 11 de Septiembre merecerían la calificación de “legales” de no ser por el método empleado, es decir, el secuestro de aviones civiles (Yoo, *supra*, n 1, p. 64), una conclusión peculiar y a mi juicio delirante e incorrecta. Otra opinión disparatada acerca de la legalidad de la captura de Rumsfeld o Tenet por Al Qaeda en p. 166.

⁴⁵ Ibidem, p. 61.

rrogar a los combatientes enemigos, incluso si tales técnicas son consideradas tortura o trato cruel, inhumano o degradante por el derecho internacional o por las normas constitucionales ordinarias internas o extranjeras.

El derecho constitucional positivo de Estados Unidos contenía una prohibición incondicional y de la tortura y del trato cruel, inhumano o degradante. Tanto el derecho convencional (los tratados internacionales firmados y ratificados por Estados Unidos, entre ellos la Convención contra la Tortura de 1984) como las leyes aprobadas por el Congreso (La Ley contra la Tortura de 1994 y la Ley de Crímenes de Guerra de 1996)⁴⁶ se pronunciaban de forma inequívoca en tal sentido⁴⁷.

Pese a ello, una larga serie de dictámenes de la Oficina de Consejo Jurídico pretendió justificar una práctica bien distinta⁴⁸. Tan sólo de esas opinio-

⁴⁶ Ley Anti-Tortura, 108 Stat 382; *Ley de Crímenes de Guerra* de 1996, , 110 Stat 2104.

⁴⁷ Véase, entre otros, M. NOWAK and E. MACARTHUR (eds.), *The United Nations Convention against Torture: A Commentary*, Oxford University Press, 2008.

⁴⁸ A la fecha de cierre de este artículo, no sólo contamos con varios informes de organizaciones intergubernamentales que detallan el abuso de técnicas de interrogación que de conformidad con el derecho internacional y el derecho constitucional interno estadounidense merecen ser caracterizadas como tortura, sino que se ha hecho finalmente público el informe interno de la CIA de 2004 sobre el particular. Véase Informe del Inspector General de la CIA "Counter-terrorism detention and intelligence activities", disponible en http://luxmedia.vo.llnwd.net/o10/clients/aclu/IG_Report.pdf. Así como la interesantísima documentación adicional que ACLU logró desclasificar por mandato judicial (<http://www.aclu.org/accountability/released.html>). Ya antes teníamos confirmación de ello gracias al número de antiguos miembros de la administración Bush II (incluidos el Presidente y el Vicepresidente) que habían admitido públicamente haber ordenado y aprobado tales actos (aunque la mayor parte de los protagonistas sigan negando que tales actos supusieran tortura, sustentándose en la definición de la misma producida por John Yoo). Dado que este artículo se interesa en el uso propagandístico del derecho, la cadencia de admisiones es en sí misma interesante. La primera admisión pública fue quizá la del Vicepresidente Cheney en los días finales de la campaña electoral de 2006, cuando en un programa de radio calificó la pregunta acerca de si le parecía oportuno hacer uso del submarino ("waterboarding") un "no-brainer". Véase D. SEVASTOPULO, 'Cheney endorses simulated drowning, says use of water boarding to get terrorist intelligence is "no-brainer"', *Financial Times*, 26 de Octubre de 2006. La cadena de declaraciones públicas se reanudó en Enero de 2008. El antiguo Secretario de Seguridad Interior (y primer ocupante del puesto) Tom Ridge afirmó en público que la práctica del submarino ("waterboarding") era a su juicio tortura. En el mismo servicio de Associated Press supimos que el entonces director de la CIA Hayden sólo había prohibido el uso del waterboarding en 2006. Véase 'Former Secretary on Waterboarding', *The New York Times* (a partir de un suelto de Associated Press), 19 January 2008, disponible en <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=>

9A07EFD6143CF93AA25752C0A96E9C8B63. Semanas después, la portavoz de la Casa Blanca, por boca del *spokesman* Fratto, declaró que la legalidad de la técnica del submarino ("waterboarding") había sido establecida por el Departamento de Justicia, y que el ejecutivo no descartaba hacer uso de la misma si fuese menester para prevenir un ataque terrorista "inminente". Véase G. MILLER, 'Waterboarding Is Legal, White House Says', *Los Angeles Times*, 7 February 2008, disponible en <http://www.commondreams.org/archive/2008/02/07/6913/>. Al día siguiente, el entonces director de la CIA Hayden admitió públicamente que varios detenidos (Khalid Sheikh Mohammed, Abu Zubaydah and Abd al-Rahim al-Nashiri) habían sido objeto del submarino ("waterboarding"), al tiempo que dejaba sin aclarar plenamente si la técnica había de ser considerada como constitucional. Véase Scott Shane, C.I.A. Chief Doubts Tactic To Interrogate Is Still Legal, *New York Times*, 8 February 2008, disponible en <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9C0DE3DF173BF93BA35751C0A96E9C8B63&scp=5&sq=hayden+waterboarding&st=nyt>. Para aquel entonces, se había abierto una polémica pública acerca de la destrucción de las grabaciones de los interrogatorios de los citados detenidos. En Abril, ya en plena campaña electoral, se vino a saber que el Consejo de Seguridad Nacional (del que Cheney, Rumsfeld, Powell, Rice y Tent formaban parte en los cruciales meses posteriores al 11/S) había dado su aprobación al uso de técnicas de interrogación concretas sobre detenidos específicos, incluido el uso del submarino ("waterboarding"). Véase J. CRAWFORD GREENBURG, H. L. ROSENBERG and A. de VOGUE, 'Top Bush Advisors Approved "Enhanced" Interrogation', *ABC News*, 9 April 2008, disponible en <http://abcnews.go.com/print?id=4583256>. Dos días después, el entonces Presidente aseguró que sabía que tales discusiones habían tenido lugar y que compartía la decisión del Consejo de Seguridad Nacional; en concreto, Bush dijo; "I'm aware our national security team met on this issue. And I approved". Véase J. CRAWFORD GREENBURG, H. L. ROSENBERG and A. de VOGUE, 'Bush Aware of Advisers' Interrogation Talks', *ABC News*, 11 April 2008, disponible en <http://abcnews.go.com/print?id=4635175>. En el verano de 2008 se vino a saber que una buena parte de las técnicas de interrogación que conducían a la tortura del detenido habían sido no sólo diseñadas a partir de las técnicas de resistencia a los interrogatorios en las que se instruía a los efectivos estadounidenses, sino también directamente copiadas de los manuales de los interrogadores de la China de Mao [a partir del análisis de A. D. BIDERMAN, 'Communist Attempts to Elicit False Confessions from Air Force Prisoners of War' *Bull N Y Academy of Medicine*, núm. 33, 1957, pp. 616-625, disponible en <http://www.pubmedcentral.nih.gov/picrender.fcgi?artid=1806204&blobtype=pdf>]. Véase S. SHANE, 'China inspired Interrogations at Guantanamo', *The New York Times*, 2 July 2008, disponible en http://www.nytimes.com/2008/07/02/us/02detain.html?_r=3&hp=&oref=slogin&page-wanted=print&oref=slogin. En la recta final de la campaña presidencial de 2008, se hicieron públicos varios dictámenes de la Oficina de Consejo Jurídico que daban cuenta de la autorización de las tácticas empleadas por la CIA. Véase J. WARRICK, 'CIA Tactics endorsed in Secret Memos, Waterboarding Got White House Nod', *The Washington Post*, 15 de Octubre de 2008, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2008/10/14/AR2008101403331.html>. En los días finales de la administración Bush II, Cheney volvió a afirmar su implicación personal en la autorización del uso del submarino sobre Khalid Sheikh Mohammed en una entrevista en la cadena de televisión ABC, véase 'Cheney defends hard line

nes han sido publicadas hasta la fecha⁴⁹ (aunque es más que probable que las que aún se mantienen secretas lo sean en los meses venideros)⁵⁰. Sin embargo, la lectura de las que son públicas y notorias, junto con la noticia indi-

tactics', disponible en <http://abcnews.go.com/Politics/Story?id=6464697&page=1>. Al tiempo que Susan Crawford, "convening authority" de las comisiones militares de Guantánamo, decidió sobreseer el caso contra Mohammed al-Qahtani, recluido en la isla caribeña, en tanto que concluyó que había sido sujeto de tortura. Véase la entrevista con Bob Woodward en *The Washington Post*, de 14 de Enero de 2009, disponible en <http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2009/01/13/AR2009011303372.html?hpid=topnews>.

Entre los informes de organizaciones no gubernamentales, son fundamentales tanto el Informe del Comité Internacional de la Cruz Roja, 'ICRC Report on the Treatment of Fourteen "High Value Detainees" in CIA Custody', ampliamente extractado y comentado por Mark Danner en , *US Torture: Voices from the Black Sites*, *The New York Review of Books*, 9 de Abril de 2009, disponible en <http://www.nybooks.com/articles/22530>; como el de Physicians for Human Rights, *Broken Laws, Broken Lives*, disponible en http://brokenlives.info/?dl_id=5.

⁴⁹ Dictamen de Jay S. Bybee para Alberto R. Gonzales, 'Standards of Conduct for Interrogation under 18 U.S.C. §§ 2340-2340A', de 1 de Agosto de 2002, disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.08.01.pdf>; Carta de Yoo a Gonzales, 'Regarding "the views of our Office concerning the legality, under international law, of interrogation methods to be used on captured al Qaeda operatives"', de 1 de Agosto de 2002, disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/020801.pdf>; Dictamen de Yoo para Haynes II, 'Regarding the Torture and Military Interrogation of Alien Unlawful Combatants Held Outside the United States', de 14 de Marzo de 2003, disponible en http://www.aclu.org/pdfs/safefree/yoo_army_torture_memo.pdf. Bybee había elaborado un dictamen dirigido a Haynes II acerca de la relación entre la decisión de llevar a los detenidos antes Comisiones Militares y la admisión de pruebas obtenidas mediante determinados métodos de interrogación (en román paladino, mediante tortura). Véase 'Potential Legal Constrains Applicable to Interrogations of Persons Captured by US Armed Forces in Afghanistan', de 26 de Enero de 2002 , disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.02.26.pdf>.

⁵⁰ Véanse los dictámenes del último jefe de la Oficina de Consejo Jurídico bajo Bush II, Steven G. Bradbury, revisando la vinculatoriedad de una buena parte de los dictámenes de Yoo, Dictamen de 15 de Enero de 2009, sobre la vigencia de varios dictámenes de la Oficina de Consejo Jurídico, disponible en <http://www.usdoj.gov/opa/documents/memostatusolcopinions01152009.pdf>. Es más que probable que bajo la dirección de Dawn Johnsen en la Oficina de Consejo Jurídico y la presión del Congreso se hagan públicos la mayor parte si no la totalidad de los dictámenes preparados por Yoo en los dos primeros años de la guerra contra el terrorismo. Véase S. SHANE, 'Release of Memos Fuels Push for Inquiry Into Bush's Terror-Fighting Policies', *The New York Times*, 3 de Marzo de 2009, disponible en http://www.nytimes.com/2009/03/04/washington/04legal.html?_r=1&pagewanted=2&hp.

recta del contenido de las que no lo son⁵¹, son suficientes para concluir que los abogados de Bush II pretendieron eliminar la eficacia práctica de la prohibición de la tortura mediante la redefinición del concepto mismo; y en concreto, condicionando la calificación de un acto como tortura a la concurrencia de circunstancias tan extremas que prácticamente sólo cabría hablar de tortura si se priva de la vida al interrogado (y aún entonces, tan sólo en algunos casos).

La estrategia de vaciar la definición de tortura se sustentó en una peculiar interpretación literal de las normas jurídicas aplicables. En particular, los abogados de Bush II arguyeron que para que un acto pueda ser calificado como “tortura” es necesario que satisfaga simultáneamente dos condiciones, una objetiva, la otra subjetiva. La condición objetiva era que el acto generara un “daño severo”, bien físico o mental⁵². A su vez, el daño severo físico concurría si era “equivalente en intensidad al dolor que acompaña a las lesiones físicas graves, como el fallo orgánico, deterioro de las funciones corporales o incluso muerte”⁵³. Se producía o no un daño mental si el menoscabo era duradero (siendo necesario que se prolongará durante meses sino años) y si resultaba de una de las acciones concretas tipificadas por el derecho interno aplicable⁵⁴.

⁵¹ Sabemos, por ejemplo, que las técnicas de interrogación que podían ser empleadas por el personal militar fueron discutidas en dictámenes específicos, elaborados contemporáneamente a aquellas que se ocupaban expresamente de los interrogatorios practicados por el personal afiliado a agencias de inteligencia. Esas conclusiones dieron lugar a la cadena de opiniones estudiadas por Philippe Sands en *Torture Team*, Allan Lane, London, 2008, y en particular Diane Beaver a General James T. Hill, ‘Legal Brief on Proposed Counter-Resistance Strategies’, y ‘Legal Review of Aggressive Interrogation Techniques’, de 11 de Octubre de 2002; Haynes II a Rumsfeld, ‘Counter-Resistance Techniques’, de 27 de Noviembre de 2002, aprobado por Rumsfeld el 2 de Diciembre de 2002. Estos tres documentos están disponibles en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/02.12.02.pdf>. Una compilación de dictámenes y decisiones que ayuda a esclarecer quién y cómo tomo las decisiones se encuentra en la página del Senador Levin, en <http://levin.senate.gov/newsroom/supporting/2008/Documents.SASC.061708.pdf>.

⁵² Dictámen de Bybee/Yoo Memo, *supra*, n 42, p. 3.

⁵³ Ibidem, p. 6. Esta expresión deriva de la definición de dolor físico agudo que se emplea como criterio para prestar asistencia sanitaria a las personas que carecen de seguro de enfermedad en Estados Unidos. Se utilizó como referencia a la hora de definir que fuera tortura con el argumento peregrino de que se trataba de la única definición de dolor físico agudo en el código de leyes federales.

⁵⁴ Ibidem pp. 9-12. Donde puede leerse “(a) *intentional infliction or threatened infliction of severe physical pain or suffering*; (b) *administration or application, or threatened administration*

El requisito subjetivo sólo se cumplía si el interrogador actuaba con dolo específico⁵⁵, o lo que es lo mismo, queriendo conscientemente llevar a cabo el acto concreto calificado como tortura⁵⁶. Dicho de otro modo, los abogados de Bush II negaron que se pueda hablar de tortura si el interrogatorio “meramente” resulta en un daño o sufrimiento físico o mental prolongado; es imprescindible que, además, el estado del mental del interrogador fuera el correspondiente a la causación de *tal daño* a una víctima concreta⁵⁷.

Como es bien sabido, la “redefinición” de la tortura propuesta por los abogados de Bush II fue objeto de duras críticas internas, provenientes de juristas y políticos con cargos institucionales⁵⁸. Durante su breve mandato como director de la Oficina de Consejo Jurídico, Jack Goldsmith (que había sido asistente de Haynes II en el Ministerio de Defensa hasta entonces, y dista pues de ser un peligroso fundamentalista de los derechos fundamentales) desacreditó los principales dictámenes sobre la nueva definición de tortura⁵⁹. Previamente, una buena parte de los juristas militares se opuso de manera firme y tajante a la cuarta modificación constitucional sobre la base de la cual Bush II condujo su guerra contra el terrorismo.

Pese a ello, la cuarta modificación sólo fue repudiada con el cambio de Presidencia en 2009⁶⁰, y a la fecha de cierre de este artículo aún es imposible

or application, of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or the personality; (c) threat of imminent death; (d) the threat that another person will imminently be subject to death, severe physical pain or suffering, or the administration or application of mind-altering substances or other procedures calculated to disrupt profoundly the senses or personality”.

⁵⁵ “Specific intent” en inglés.

⁵⁶ Ibidem p. 3.

⁵⁷ Ibidem. p. 8.

⁵⁸ Véase el dictamen de Alberto J. Mora’s de 18 de Junio de 2004, ‘Statement for the record: Office of General Counsel involvement in interrogation issues’, disponible en http://www.aclu.org/pdfs/safefree/mora_memo_july_2004.pdf.

⁵⁹ Goldsmith, *supra*, fn 1, pp. 144ff (especialmente p. 155). Yoo, *supra*, n 1, pp. 185-6 parece lamentar que eso haya sido así, pese a que (y lleva razón en ello) afirme que los cambios han sido más estéticos que sustantivos.

⁶⁰ J. MAYER, ‘The Memo: How an internal effort to ban the abuse and torture of detainees was thwarted’, *The New Yorker*, 27 de Febrero de 2006, da cuenta de que Mora pudo ver un borrador a finales de enero –que podemos conjeturar, a la vista de las fechas, estaría basado en uno de los dictámenes de Yoo sobre técnicas de interrogación específicas. La elaboración de este último documento había sido requerida por Haynes, quizás con el objetivo de hacer

determinar si el rechazo es tan completo e incondicionado como debiera ser para restaurar el derecho constitucional a su estado previo a la llegada de Bush II al poder⁶¹. En particular, es oportuno recordar que Bush II se opuso personalmente a todos los intentos del Congreso de modular su cuarta modificación (en particular, mediante la declaración adjunta a la firma de la Ley de Trato de los Detenidos de 2005, o a través del inusitado –en su caso–

irrelevante al Grupo de Trabajo. Mora siguió afirmando a cualquiera que quisiera oírlo que tanto el dictamen de Yoo como el borrador del grupo eran inaceptables, como también lo hicieron los Abogados Generales Romig, Bohr, Sandkhuler y Rives al proponer cambios al borrador (estos últimos pueden leerse en http://www.dod.mil/pubs/foi/detainees/05-F-2083_JAGmemos.pdf). El informe final de 4 de Abril no se hizo público, ni siquiera se distribuyó en círculos militares. Disponible en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/03.04.04.pdf>). El texto sólo se desclasificó tras la irrupción pública del escándalo de Abu Grahīb. Días después de concluirse el informe (el 16 de Abril), Rumsfeld fijó unas nuevas orientaciones sobre los métodos de interrogación. Disponibles en <http://www.gwu.edu/~nsarchiv/NSAEBB/NSAEBB127/03.04.16.pdf>.

⁶¹ Hay indicios en varias direcciones. Por una parte, el Presidente Obama inauguró su mandato con tres órdenes ejecutivas de gran significado simbólico, mediante las que no sólo se disponía la revisión del estatuto de los detenidos en Guantánamo y se fijaba un límite de un año para el cierre de la prisión ('Review and Disposition of Individuals Detained at Guantanamo Bay Naval Base and Closure of Detention Facilities', disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/ClosureOfGuantanamoDetentionFacilities/), sino que se establecía el marco de una nueva política general sobre detención de prisioneros ('Review of Detention Policy Options', disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/ReviewofDetentionPolicyOptions/) y sobre técnicas de interrogación ('Ensuring Lawful Interrogations', disponible en http://www.whitehouse.gov/the_press_office/EnsuringLawfulInterrogations/). Las tres órdenes ejecutivas son de 22 de Enero de 2009. Además, un memorando de 9 de Marzo dirigido a los jefes de departamentos y agencias del ejecutivo sobre las declaraciones presidenciales anejas a la firma de las leyes no sólo pone en entredicho la validez de las declaraciones de Bush II, sino que afirma la intención de limitar notablemente el uso de tal práctica en el futuro. Véase http://www.whitehouse.gov/the_press_office/Memorandum-on-Presidential-Signing-Statements/ y el comentario de Charlie Savage, 'Obama looks to limit impact of tactic Bush used to sidestep new laws, *The New York Times*, 9 de Marzo de 2009, disponible en <http://www.nytimes.com/2009/03/10/us/politics/10signing.html>. Sin embargo, no sólo las condiciones en Guantánamo parece haberse deteriorado según algunas fuentes bien informadas (por ejemplo, el columnista de *The Guardian* Andy Worthington, 'Obama's "Humane" Guantanamo is a bitter joke, 23 de Febrero de 2008, disponible en <http://www.andyworthington.co.uk/2009/02/23/obamas-humane-guantanamo-is-a-bitter-joke/>), sino que la nueva administración no parece dispuesta a alterar sustancialmente buena parte de las políticas de los juristas de Bush II. Véase en general, G. GREENWALD, 'Obama's "enemy combatant" policy: following a familiar pattern', *Salon*, 15 de Marzo de 2009, disponible en <http://www.salon.com/opinion/greenwald/2009/03/15/obama/index.html>.

ejercicio del derecho de veto a la norma que reafirmaba la plena vigencia del Manual de Campo del Ejército, que excluye taxativamente el recurso a la tortura o al trato cruel, inhumano o degradante)⁶². Y también es pertinente tener presente que el director de la CIA ha reconocido públicamente que al menos a tres detenidos les fue aplicada la técnica del “submarino” (“*waterboarding*”), que es público y notorio que el Consejo de Seguridad Nacional⁶³ discutió y aprobó el uso expreso de varias técnicas de interrogación contrarias al derecho internacional y a la interpretación tradicional del derecho constitucional interno, y que todo ello fue sancionado por el presidente mismo⁶⁴.

2. LA TEORÍA CONSTITUCIONAL DE BUSH II

Las cuatro modificaciones constitucionales valiéndose de las cuáles los abogados de Bush II han justificado la legalidad y legitimidad de acciones abiertamente inconstitucionales deben ser entendidas no tanto como doctrinas aisladas, sino como partes esenciales de una teoría constitucional, sustentada en dos premisas fundamentales que redefinen la relación que media entre el poder presidencial y, respectivamente, la Constitución y el derecho internacional. De conformidad con la primera premisa, se sostiene que la Constitución de Estados Unidos es en realidad una ley fundamental *dual*, que comprende dos conjuntos diferenciados de normas constitucionales: el primero aplicable en circunstancias políticas ordinarias; el segundo, en circunstancias extraordinarias. El segundo conjunto conforma la *constitución de emergencia*, que inviste al Presidente de amplios poderes que lo facultan para enervar los pesos y contrapesos (*checks and balances*) constitucionales ordinarios. La segunda premisa afirma que el derecho internacional, y muy especialmente los tratados multilaterales y las normas de *ius cogens*, no son normas jurídicas vinculantes en sentido propio, sino meros patrones de comportamiento de los

⁶² El texto del proyecto legislativo puede leerse en <http://www.opencongress.org/bill/110-h2082/text>.

⁶³ El Consejo de Seguridad Nacional, creado en 1947, es un órgano directamente dependiente del Presidente de los Estados Unidos, de naturaleza híbrida (entre órgano asesor y ejecutivo). El funcionamiento de este órgano, con especial hincapié en la administración Bush II, ha sido descrito en D. ROTHKOPF, *Running the World. The Inside Story of the National Security Council and the Architects of American Power*, Public Affairs, New York, 2005.

⁶⁴ Véanse las referencias de la nota 48.

actores internacionales, y que por ello, ningún órgano constitucional de los Estados Unidos, y muy especialmente el Presidente, está vinculado por ellas.

2.1. La Constitución Dual

La teoría de la constitución dual afirma que no hay una, sino en realidad, dos Constituciones de los Estados Unidos. A la ley fundamental ordinaria, aplicable en las circunstancias “normales” en las que suele desarrollarse la vida de la república, ha de añadirse la constitución de emergencia, que toma el relevo de la ordinaria durante las situaciones de crisis. La constitución ordinaria se encuentra positivizada en la mayoría de las disposiciones de la Constitución de 1787, las sucesivas enmiendas y las prácticas constitucionales consolidadas en el tiempo. Por su parte, el núcleo fundamental de la constitución de emergencia se encuentra positivizado en el texto escrito de la Constitución de Estados Unidos, y muy especialmente, de su Artículo II.2, en el que se afirma que:

El Presidente será comandante en jefe del ejército y la marina de los Estados Unidos y de la milicia de los diversos Estados cuando se la llame al servicio activo de los Estados Unidos⁶⁵.

A ello se añaden los límites expresos a la aplicabilidad de determinadas disposiciones constitucionales en situaciones de excepción⁶⁶, y, sobre todo, la práctica constitucional desarrollada en las previas situaciones de emergencia (y muy especialmente, la Guerra de Independencia, la Guerra Civil, y las tres guerras mundiales, siendo la tercera la Guerra Fría).

El contenido fundamental de la constitución de emergencia es el atinente a la distribución de poderes⁶⁷. El hecho de que la variedad y especificidad de las potenciales situaciones de emergencia sea enorme hace aconsejable que la ley fundamental se ocupe menos de fijar *cómo han de resolverse las situaciones excepcionales*, cómo de *quién* sea competente para tomar decisiones mientras la emergencia persista, lo que implicará una peculiar aplicación y

⁶⁵ Traducción Oficial tomada de <http://www.archives.gov/espanol/constitucion.html>

⁶⁶ La Segunda Enmienda afirma que el privilegio del mandato de habeas corpus no puede ser suspendido salvo en “caso de rebelión o invasión” siempre que “la seguridad pública” lo requiera.

⁶⁷ A diferencia de lo que es el caso con la constitución ordinaria, cuyo contenido fundamental consiste en sus disposiciones sustantivas.

operacionalización de los principios constitucionales durante la situación de excepción.

De hecho, los partidarios de la constitución dual sostienen que los poderes de excepción recaen de forma prácticamente exclusiva en el Presidente, en tanto que Comandante en Jefe. Conclusión que se justifica mediante referencia al hecho de que el Presidente sea el actor institucional más capacitado para decidir durante la emergencia, por tres razones concurrentes: es cabeza visible del único poder estatal organizado de forma estrictamente jerárquica, está habituado a ejercer los resortes de poder determinantes durante las situaciones de excepción (en política exterior, defensa e inteligencia) y, *last but not least*, está legitimado democráticamente de forma directa dada la naturaleza de la elección presidencial. El argumento se completa con la caracterización de los hechos acaecidos el 11 de Septiembre de 2001 como una declaración de guerra al gobierno y al pueblo estadounidense, lo que habría activado los poderes “latentes” de emergencia que la Constitución confiere al Presidente. La posterior Resolución del Congreso de 18 de Septiembre del mismo año mediante la cual se reconocía al Presidente una amplia discreción en el uso de la fuerza se habría limitado a confirmar el estado de hechos tras los atentados terroristas⁶⁸.

El argumento constitucional se adentra en un meandro particularmente complejo cuando se afirma que el carácter radicalmente nuevo de la amenaza de Al Qaeda implica que nos encontramos ante una situación de emergencia bien diferente de todas las precedentes. La peculiar estructura y naturaleza de Al Qaeda implican que la “guerra contra el terrorismo” tenga características absolutamente específicas: no sólo la amenaza es global, y no puede circunscribirse a un territorio específico, sino que el enemigo no se vale de un ejército regular, ni siquiera de una guerrilla, sino de una red de células difusamente relacionadas que tienen a su disposición armas de destrucción masiva caracterizadas por su altísima letalidad. Por todo ello, la “guerra contra el terrorismo” no tiene precedentes, y por ende, se impone una reforma en profundidad de la constitución de emergencia, dado que las normas que la componen en la tradición constitucional estadounidense se han quedado “obsoletas” y “desfasadas”. Por tanto, el Presidente puede y debe reescribir la constitución de emergencia para adaptarla

⁶⁸ 115 Stat 224. Véase también el dictamen de Yoo de 25 de Septiembre de 2005, disponible en <http://www.justice.gov/olc/warpowers925.htm>.

a las nuevas circunstancias y asegurar por tanto la continuidad de la república. Como es obvio, ello implica que el Presidente tiene, mientras dure la emergencia, un poder equivalente al poder constituyente de *Nosotros el Pueblo*, con la diferencia de que ese poder se afirma circunscrito al contenido de la constitución de excepción⁶⁹. En concreto, la aplicación a las situaciones de emergencia de la doctrina “unitaria” del poder ejecutivo inviste al Presidente no sólo del poder de controlar la constitucionalidad de las leyes aprobadas por el Congreso, que puede eventualmente conducir a su declaración de inconstitucionalidad (y por tanto de nulidad); sino también de la competencia para ignorar y dejar sin aplicación los fallos del Tribunal Supremo en los que los magistrados decidan acerca de la constitucionalidad de leyes del Congreso o de actos del propio ejecutivo. El control de constitucionalidad ejecutivo se ejerce positivamente a través de las declaraciones adjuntas a la firma de leyes aprobadas por el Congreso, y negativamente mediante la no toma en consideración de las sentencias del Tribunal Supremo⁷⁰. En concreto, Bush II ha refinado el arte de las declaraciones adjuntas, mediante las cuáles ha puesto en entredicho la constitucionalidad de más de setecientas disposiciones legales⁷¹. La cláusula de estilo habitual a tal efecto es “los órganos del ejecutivo interpretarán [el artículo X del título Y de la ley Z] de forma consistente con la autoridad que la Constitución confiere al Presidente en lo atinente a la dirección y supervisión del ejecutivo entendido como un ente único (“*the unitary executive branch*”) y en tanto que Comandante en jefe”⁷².

⁶⁹ ¿O acaso puede decirse lo contrario? Si la constitución de emergencia seguirá en vigor hasta que la guerra contra el terrorismo se acabe, pasará tal cantidad de tiempo que es más que probable que la distinción clara y neta entre las dos constituciones se haya difuminado.

⁷⁰ Véase American Bar Association, ‘Recommend ation of the Task Force on Presidential Signing Statements and the Separation of Powers Doctrine’, disponible en <http://www.abanet.org/leadership/2006/annual/dailyjournal/20060823144113.pdf>. En la literatura académica, véase Ph. J.COOPER, *By Order of the President*, University Press of Kansas, Lawrence, 2002, capítulo 7; ‘George W. Bush, Edgar Allan Poe and the Use and Abuse of Presidential Signing Statements’, *Presidential Studies Quarterly*, núm. 35, 2005, pp. 515-32.

⁷¹ Véase American Bar Association, *supra*, n 70. Véase también Cooper, *supra* (2005), n. 70, p. 516.

⁷² Véase por ejemplo la declaración adjunta a la firma de la Ley de Tratamiento de Detenidos de 2005.

2.2. El Derecho internacional como mero conjunto de comportamientos recíprocos (“behavioural regularities”)

El segundo componente de la teoría constitucional de Bush II es una peculiar tesis acerca de la naturaleza jurídica del llamado “derecho internacional”; según los abogados del ex-Presidente estadounidense, mientras que los tratados internacionales bilaterales son propiamente normas jurídicas, con el valor y eficacia que les asigna el tenor literal de la Constitución de 1787, las restantes fuentes del derecho internacional, y muy especialmente el *ius cogens* de origen consuetudinario y los tratados multilaterales (a los que no hace referencia expresa la ley fundamental estadounidense) no generan obligación jurídica alguna, sino son como mero conjunto de comportamientos recíprocos (“behavioural regularities”).

El argumento en el que se sustenta la segunda premisa de la teoría constitucional de Bush II tiene tres partes⁷³.

En primer lugar, se afirma que tan sólo una fracción de las normas que habitualmente se dice forman parte del derecho internacional tienen una naturaleza plenamente jurídica. Ni las normas consuetudinarias ni los tratados multilaterales son verdaderas normas jurídicas. Y ello dado que los estados, autores y sujetos del derecho internacional, tan sólo se sienten vinculados por las mismas si ello contribuye a la eficaz protección del interés nacional, o si la prudencia aconseja su seguimiento, en particular porque un estado poderoso amenaza con valerse de su fuerza para exigir la observancia de las mismas (coerción que no puede ejercer de forma creíble y eficaz ninguna institución creada por el propio derecho internacional)⁷⁴. Es por ello que el derecho consuetudinario internacional ha de ser entendido como un conjunto de patrones de comportamiento, de regularidades de conducta, cuya estabilidad y persistencia en el tiempo deriva del interés mutuo (la cooperación propia de un “dilema del prisionero”) o de la amenaza coercitiva de uno o varios estados hegemónicos⁷⁵. Por su parte, los tratados multilaterales serían meros instrumentos de difusión de información acerca de las intenciones de los estados⁷⁶.

⁷³ Críticas aún más radicales han sido expresadas por otros juristas bushistas. Véase por ejemplo J. R. BOLTON, ‘Is there “really” law in international affairs’, *Transnational Law and Contemporary Problems*, núm. 10, 2000, pp. 1-48.

⁷⁴ E. POSNER and J. GOLDSMITH, *The Limits of International Law*, Oxford: Oxford University Press, 2005, p. 10.

⁷⁵ Ibidem, p. 39.

⁷⁶ Ibidem, p. 105.



En segundo lugar, se afirma que las únicas normas consuetudinarias internacionales que pueden ser calificadas como jurídicas son aquellas designadas como tales por los Estados Unidos. Ello se sustenta en una peculiar teoría acerca de la formación de la *opinio juris* necesaria para la forja de normas de derecho internacional, mediante la que el poder *fáctico y militar* de los Estados Unidos se convierte en un poder monopolístico de juridificación de las costumbres internacionales⁷⁷.

En tercer lugar, se afirma que el Presidente, en tanto que titular del poder constituyente en situaciones de emergencia, puede decidir de forma concluyente y definitiva si una norma de derecho internacional vincula o no a los poderes públicos estadounidenses. Lo que implica que el Presidente puede enervar la eficacia jurídica de cualquier norma internacional, incluso de aquellas plenamente validas y eficaces *a priori*.

Muestra paradigmática de la inquina que los abogados de Bush II han demostrado hacia el derecho internacional es la peculiar doctrina del “lawfare”, neologismo que podríamos traducir al castellano como la “guerra mediante el derecho”, o lo que es lo mismo, la afirmación de que el uso o abuso de argumentos jurídicos es una de las armas empleadas por los enemigos de Estados Unidos para alcanzar sus objetivos estratégicos cuando no disponen de medios militares suficientes, o los mismos resultan ser menos eficaces que el recurso al derecho⁷⁸. De ahí a afirmar que el derecho internacional es un recurso argumentativo de los terroristas media un cortísimo trecho.

3. LA TEORÍA DEL DERECHO ECLÉCTICA Y MINIMALISTA DE BUSH II

La teoría del derecho sobre la que se sustentan las modificaciones constitucionales y la teoría constitucional propuestas por Bush II no es el fruto de una reflexión teórica del estilo característico de la filosofía, la sociología o la

⁷⁷ Yoo, *supra*, n 14, pp. 33 and 37.

⁷⁸ Charles J Dunlap Jr, entonces Vice-Abogado General, en ‘Law and Military Interventions: Preserving Humanitarian Values in 21st Conflicts’, conferencia impartida en la Kennedy School of Government el 29 de Noviembre de 2001, y disponible en <http://www.duke.edu/~pfeaver/dunlap.pdf>. Donald Rumsfeld y Jack Goldsmith ampliaron el campo de aplicación del término, al considerar que la defensa de la jurisdicción universal por parte de “los aliados europeos y sudamericanos y la industria (sic) de los derechos humanos” era un ejemplo de guerra mediante el derecho. Véase GOLDSMITH, *supra*, n. 1, pp. 59 ss.

teoría del derecho, sino un marco teórico forjado desde el desdén por la teoría del derecho y por sus teóricos. Ello explica en buena medida el carácter minimalista, ecléctico e implícito de la teoría del derecho de Bush II. En lugar de una teoría *completa*, nos hallamos ante fragmentos de una teoría del derecho, desarrollados exclusivamente al hilo de las cuestiones prácticas que los abogados de Bush II pretenden resolver. En lugar de una teoría coherente, nos encontramos con la oportunista yuxtaposición de fragmentos de distintas teorías del derecho, cuyo único común denominador es la defensa de alguno (pero no necesariamente de todos) los elementos de la agenda constitucional de Bush II. En lugar de una teoría explícita, nos encontramos con elementos implícitos de los que necesariamente se derivan determinadas tomas de posición teóricas. Hay una relación estrecha entre estas tres características, y muy especialmente entre el minimalismo y el eclecticismo; y ello en tanto cuanto menor sea la “densidad” y “robustez” de la teoría, mayores serán las posibilidades de tomar prestados distintos elementos de teorías “completas” del derecho sin que sean evidentes las tensiones y contradicciones intrínsecas al eclecticismo teórico. De este modo, los juristas de Bush II han venido a emular la estrategia política de Karl Rove, consistente en forjar una mayoría republicana mediante la redefinición de la agenda política de modo que grupos con plataformas políticas aparentemente divergentes converjan en torno al programa republicano⁷⁹. Con la diferencia de que la coalición jurídica está formada por distintas (y un tanto heteróclitas) teorías del derecho, y no por bases políticas antaño antagónicas⁸⁰.

El elemento central de la teoría del derecho de Bush II, y que comparten en último extremo las tres teorías en las que se han inspirado sus juristas, es la afirmación que la fuente última de validez de todas las normas jurídicas reside en la voluntad del soberano, o sea en la reducción del derecho a poder. “Nosotros el pueblo”, y en su representación sus delegados, es el soberano en circunstancias ordinarias; “Nosotros el pueblo”, y en su representa-

⁷⁹ Véase G. WILLS, ‘Fringe Government’, *The New York Review of Books*, 6 de Octubre de 2005.

⁸⁰ Esta estrategia guarda una estrecha afinidad con la teoría pragmática del derecho defendida por Cass Sunstein en las últimas dos décadas. Véanse C. SUNSTEIN, ‘Incompletely Theorised Agreements’, *Harvard Law Review*, núm. 108, 1995, pp. 1733-72; y ‘Incompletely Theorised Agreements on Constitutional Law’, University of Chicago Public Law Working Paper, núm. 147, disponible en http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=957369.



ción el Presidente en tanto que Comandante en Jefe, es el soberano durante las emergencias y situaciones de excepción. La teoría del derecho de Bush II es una teoría voluntarista y prescriptivista del derecho, que rechaza tajantemente que la argumentación jurídica haya de ser considerada como complemento y caso especial de la razón práctica⁸¹. Por ende, el concepto del derecho que subyace a los dictámenes y opiniones jurídicas de los juristas de Bush II afirma que la interpretación de las normas jurídicas, y muy especialmente de las normas constitucionales, depende de la decisión que tome el soberano, no de la corrección de los argumentos en los que se sustenten.

Las tres principales “teorías completas” del derecho de las que los juristas de Bush II han tomado prestados distintos elementos de su concepción del derecho tienen en común la reducción del derecho a poder (incluso cuando tal prescriptivismo no sea evidente a primera vista). Tales teorías son: (1) las teorías “originalistas”, que responden a un tipo peculiar de positivismo jurídico (siendo quizá el ejemplo prominente el originalismo *à la Scalia*); (2) algunas variantes del “derecho natural” moderno (paradigmáticamente el iusnaturalismo *à la Finnis*); (3) determinadas versiones del pragmatismo jurídico (y de forma especialmente clara la teoría pragmática del derecho de Richard A. Posner, aplicada a la constitución de emergencia por su hijo Eric y por Adrian Vermeule).

Antes de iniciar el estudio concreto de los elementos que los abogados de Bush II toman prestados de cada una de estas teorías del derecho, quizá sea oportuno indicar que no se está afirmando que ninguna de las teorías, ni de los autores a los que me refiero a continuación, suscriban la corrección jurídica o moral de las enmiendas constitucionales o la teoría constitucional de Bush II.

⁸¹ Al rechazar la existencia de una estrecha relación entre derecho y razón práctica, los abogados de Bush II niegan que la argumentación jurídica haya de proceder mediante referencia a las reglas discursivas propias del razonamiento práctico, y abren la puerta a que consideraciones puramente prudenciales justifiquen ignorar exigencias morales o incluso normas jurídicas positivas plenamente válidas. Sobre la conceptualización del derecho que establece una relación estrecha entre derecho y razón práctica, basta referirse en términos generales a la obra de Robert Alexy, Ronald Dworkin o Neil D. MacCormick. En buena medida, esta conceptualización se ha visto muy influida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense, especialmente durante la llamada era Warren. Véase en particular, A. COX, *The Warren Court: Constitutional Decision as an Instrument of Reform*, Harvard University Press, Cambridge, 1968; and M. J. HORWITZ, *The Warren Court and the pursuit of justice*, Hill and Wang, New York, 1999.

Antes al contrario, en lo que sigue sostengo tres tesis mucho más modestas y circunspectas. A saber (1) que la teoría ecléctica y minimalista del derecho de Bush II sobre la que se sustentan sus enmiendas constitucionales y su teoría constitucionales ha sido construida con fragmentos de las tres teorías del derecho que se analizan a continuación; lo que no es en modo alguno garantía ni de que el resultado final sea una teoría coherente, ni de que tenga sentido combinar esta o aquella tesis de tal o cual teoría con las de otras varias teorías (tal consistencia es relevante desde el punto de vista interno a cada una de las concepciones del derecho que aquí se consideran, pero no desde la perspectiva de hacer plausibles los cambios constitucionales que los abogados de Bush II defendían); (2) como ya se ha indicado, el uso por parte de los juristas de corte de la Casa Blanca del originalismo à la Scalia, el iusnaturalismo à la Finnis, y el pragmatismo à la Posner revela que estas tres teorías tienen en común la reducción en último extremo del derecho a poder, si bien en cada caso se llega a tal conclusión por vías argumentativas, y con consecuencias prácticas, bien distintas; (3) la limitada pero real afinidad teórica entre cada una de estas tres teorías y la concepción del derecho de Bush II explica porque destacados teóricos del derecho han dado su beneplácito, siquiera puntual y en algunos casos provisional, a algunas de las decisiones más controvertidas de la administración Bush II.

3.1. El originalismo à la Scalia

El originalismo es un peculiar tipo de positivismo jurídico según el cual las normas jurídicas tienen un significado objetivo, que puede ser determinado mediante referencia a la voluntad del constituyente⁸². La peculiar mezcla de apariencia de objetividad y de favorecimiento sustantivo de la discrecionalidad de los actores jurídicos que ejercen autoridad política explica porque el originalismo es una teoría que ha ejercido un considerable atractivo sobre los abogados de Bush II.

⁸² Dos obras de referencia son las de Antonin Scalia, 'Originalism: The Lesser Evil', *University of Cincinnati Law Review*, núm. 57, 1989, pp. 849-65 y *A Matter of Interpretation: Federal Courts and the Law*, Princeton University Press, 1997. Véase también Steven G. CALABRESI (ed.), *Originalism, A Quarter-Century Debate*, Regnery Publishers, New York, 2007. Aunque el originalismo tiene su origen en el derecho constitucional positivo estadounidense, resulta evidente que debates similares se plantean en otros muchos ordenamientos constitucionales, y que teorías del derecho similares han sido desarrolladas en prácticamente todos ellos.

Los defensores del originalismo suelen asociar esta teoría a la fidelidad a la Constitución, y en concreto, a la plena sumisión a la voluntad del constituyente; y al hacerlo, afirman implícita o explícitamente que de ese modo se elimina la discrecionalidad en la aplicación del derecho por los jueces y actores jurídicos en general. Formalmente, este argumento parece muy convincente y persuasivo ¿Acaso no es preferible que las dudas y dificultades interpretativas se resuelvan mediante apelación a la voluntad manifestada por los legítimos y directos representantes de Nosotros el Pueblo en vez de por un puñado de jueces del Tribunal Supremo que, dado el carácter vitalicio de su nombramiento, no se sienten vinculados por opinión mayoritaria alguna? Pero más allá de estos argumentos formales, el originalismo resulta tener los efectos opuestos a los que proclaman sus defensores, por al menos dos razones. La primera es que la voluntad subjetiva, o inter-subjetiva, de un órgano colectivo (“los padres fundadores”, “los miembros de la asamblea constituyente”) tan sólo aparenta ser un concepto determinado; en la inmensa mayoría de los casos “difíciles”, es imposible determinar de forma objetiva y concluyente cuál fuera esa voluntad. Y dado que el originalismo pretende que la voluntad del constituyente sea el único parámetro de interpretación, se abre necesariamente la puerta a la discrecionalidad (o quizá sea mejor decir, a la discrecionalidad del intérprete) llegada la hora de determinar cuál de las reconstrucciones plausibles de la voluntad de los representantes de *Nosotros el Pueblo* sea la correcta⁸³. En segundo lugar, la identificación del derecho con la nuda voluntad de la autoridad (sea cuál sea, incluso la obtenida tras un debate y decisión democráticos) abre la puerta de par en par a la caracterización del derecho como un conjunto heteróclito de reglas, cuya coherencia queda asegurada exclusivamente por el hecho de ser todas ellas queridas por la autoridad competente.

Es por ello, que la utilidad práctica de la teoría del originalismo para los juristas de la corte de Bush II ha sido doble. En primer lugar, permite camuflar cambios constitucionales revolucionarios (cada una de las cuatro enmiendas constitucionales objeto de consideración en la primera parte de este artículo) como decisiones conservadoras, encaminadas a restaurar el orden constitucional que liberales y levantiscos habrían falseado en algún momen-

⁸³ Cf. R. DWORKIN, ‘On Gaps in the law’ en P. AMSELEK AND N.D. MACCORMICK (eds.), *Controversies on Law’s Ontology*, Edinburgh University Press, 1991, pp. 84-90; ‘The Arduous Virtue of Fidelity: Originalism, Scalia, Tribe and Nerve’, *Fordham Law Review*, núm. 65, 1997, pp. 1249-1268; y también R.A. POSNER, *How Judges Think*, Harvard University Press, Cambridge, 2008, p. 103-4.

to del pasado (fuera éste el *New Deal* de Roosevelt o la ofensiva constitucional del Congreso tras los abusos de Nixon y la comisión Church). Dicho de otro modo, el originalismo permite envolver cambios revolucionarios y subversivos en el prestigioso celofán de la defensa de la constitución. Así, la decisión del presidente de ordenar escuchas obviando la obtención de un mandato judicial parece a todas luces una infracción de la FISA y una violación de la Cuarta Enmienda de la Constitución de 1787. Valiéndose de argumentos originalistas, los abogados de Bush II han pretendido una y otra vez darle la vuelta a la tortilla, afirmando que en realidad, es la decisión del Congreso de aprobar la FISA, y por ende limitar la autoridad del Presidente de ordenar escuchas sin mandato judicial lo que constituye una violación de la Constitución. De forma más general, la defensa de la teoría “unitaria” del ejecutivo y la peculiar versión del principio de división de poderes que de ella deriva se sustentan esencialmente en una idiosincrática interpretación de la voluntad del constituyente. En segundo lugar, la teoría originalista coadyuva a sostener la legitimidad democrática de las cuatro modificaciones a la ley fundamental propuestas por los secuaces jurídicos de Bush II. Si las enmiendas son en realidad medios de restauración de la constitución “perdida” tras decisiones inconstitucionales de Congresos y administraciones previas⁸⁴, lo que Bush II estaría haciendo sería en buena medida renovar la fidelidad a la decisión democrática original, defendiendo la voluntad soberana de Nosotros el Pueblo contra la usurpación de las élites políticas y judiciales. De este modo, la subversión de la Constitución se justifica en tanto que renueva la legitimidad democrática de la ley fundamental.

3.2. El pragmatismo à la Posner

El pragmatismo jurídico posneriano sostiene que el derecho ha de ser entendido como un conjunto de patrones de conducta y regularidades de comportamiento en el uso del poder estatal. Esta teoría niega que sea posible establecer una clara distinción entre lo que el derecho sea y lo que deba llegar a ser, de lo que se deriva que los responsables y agentes públicos han de entender el derecho como un medio para la consecución de fines sociales, que de forma general se corresponden con la maximización de la utilidad social⁸⁵. El

⁸⁴ R. E. BARNETT, *Restoring the Lost Constitution*, Princeton University Press, 2004.

⁸⁵ R. A. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, p. 26; y Idem, *Economic Analysis of Law*, Little and Brown, Boston, 1972.

carácter (presuntamente) pragmático de la teoría posneriana del derecho se sustenta en su “anti-fundacionalismo”, que conduce a una posición casi anti-teórica, al reducir la reflexión teórica al mínimo necesario exigido por la “práctica”⁸⁶.

El pragmatismo posneriano ha llamado poderosamente la atención de los juristas de la corte de Bush II porque justifica una amplísima discrecionalidad en el uso del poder ejecutivo, al dar carta de naturaleza al decisionismo y a la adopción de soluciones inconsistentes en nombre del objetivo fundamental de maximizar la utilidad social. De conformidad con esta teoría, el derecho no sería un sistema de normas prácticas dotadas de autoridad, sino el producto de la *acción* y de las *decisiones* de aquellos que tienen poder.

Pese a ello, no deja de ser cierto que la visión “standard” del pragmatismo posneriano incluía una teoría institucional que asignaba un papel central a los tribunales en detrimento del Congreso y del ejecutivo con el Presidente a su cabeza. Y ello porque el procedimiento de toma de decisiones de los jueces (la resolución de casos concretos en los que se plantean problemas específicos, a partir de los cuáles se decentan de forma progresiva y evolutiva líneas jurisprudenciales) garantiza en mayor medida que el propio de parlamentos y gobiernos (que suelen operar mediante decisiones generales con amplias ambiciones reguladoras) la maximización del bienestar social. Y ello porque el carácter circunspecto de las decisiones judiciales evita dictar normas que generen un número imprevisible de consecuencias imprevistas (y en buena medida imprevisibles), al tiempo que una vez que se demuestra el carácter erróneo de una decisión, los tribunales pueden rectificar de forma sencilla y rápida (a diferencia de los órganos políticos, vinculados por procedimientos que tienden a estabilizar las decisiones y favorecen el status quo).

Sea cual sea la opinión que a uno le merezcan las tesis de pragmatismo posneriano, resulta difícil entender cómo y por qué ha reconfortado a los juristas de Bush II, dado que la teoría y práctica constitucionales de su administración han fomentado el crecimiento cualitativo y cuantitativo del ejecutivo (algo que a priori habría de ser objeto de crítica feroz desde una perspectiva pragmática). Y sin embargo, el pragmatismo ha contribuido a hacer respetables y a legitimar a los juristas de Bush II. Y ello en tanto que la

⁸⁶ Véase ‘The Problematics of Moral and Legal Theory’, *Harvard Law Review*, núm. 111, 1998, pp. 1637-1717.

potencialidad crítica de las tesis posnerianas ha quedado sustancialmente enervada por la peculiar adaptación de la teoría a las situaciones de emergencia. El propio Posner (en *Not a Suicide Pact*), así como Posner Jr y Vermeule (en *Terror on the Balance*)⁸⁷ han adaptado las premisas generales a las situaciones de excepción, partiendo de la neta distinción entre circunstancias políticas ordinarias. En particular, los citados autores afirman que la superioridad del procedimiento de toma de decisiones judicial sólo vale para las circunstancias políticas ordinarias; en situaciones de emergencia, la solución institucional que maximiza el bienestar social es la asunción de amplísimos poderes por el ejecutivo, dada la velocidad a la que puede resolver, el secreto que puede garantizar respecto del proceso de toma de decisiones, y el carácter decisivo de sus decisiones⁸⁸. A ello añaden estos autores que tales afirmaciones ven renovada su validez cuando la amenaza de la que trae causa la situación de excepción presenta rasgos radicalmente nuevos, en tanto que ello exige reformular la totalidad de las normas aplicables durante la emergencia (tarea que sólo puede desempeñar satisfactoriamente el ejecutivo). Dado que es necesario experimentar las nuevas medidas⁸⁹, cualquier pretensión de control del ejecutivo por parte del Congreso o de los jueces es contraproducente⁹⁰.

En su versión de “emergencia”, el pragmatismo posneriano confiere una aura de legitimidad a las cuatro enmiendas constitucionales propuestas por Bush II, al justificar una nueva “ponderación” entre el derecho subjetivo a la libertad y el interés colectivo en la seguridad ciudadana⁹¹. Es quizá pertinente recordar que en *Not a Suicide Pact*, Posner afirma expresamente que dado que “la ley de la necesidad prima sobre la Constitución”⁹² se hace necesario introducir nuevos límites a los derechos fundamentales de los ciudadanos⁹³. Esta conclusión se fundamenta mediante referencia a un sencillo cálculo: el número de personas que corren el riesgo de ser víctimas de un atentado terrorista es muy superior al de aquellos cuyos derechos pueden verse sustancialmente limitados; el interés del mayor número exige optar

⁸⁷ *Terror in the Balance*, Oxford University Press, 2007, p. 21.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 16 y 30.

⁸⁹ R. POSNER, *Not A Suicide Pact*, Oxford University Press, New York, 2006, p. 31. Resulta irónico pensar que la monografía de Posner es la primera en una nueva serie de Oxford University Press que tiene por título general “derechos inalienables”; o *tempora, o mores!*

⁹⁰ POSNER and VERMEULE, *supra*, fn 73, pp. 16 y 45.

⁹¹ POSNER, *supra*, fn 87, p. 31.

⁹² *Ibidem*, p.70

⁹³ *Ibidem*, p.8.

por limitar los derechos de los menos para asegurar el pleno disfrute de los derechos de los más. Es cierto que Posner afirma estar convencido de que es suficiente con limitar de forma modesta los derechos fundamentales de un número reducido de personas⁹⁴; pero no lo es menos que a su juicio, las cuatro enmiendas constitucionales de Bush II son en realidad modestas intrusiones en los derechos reconocidos por la ley fundamental⁹⁵.

3.3. El Iusnaturalismo à la Finnis

A primera vista, puede parecer contra-intuitivo afirmar que las teorías iusnaturalistas modernas de John Finnis o Robert P. George son parte de la “coalición” teórica que ha dado aliento y apoyo a las propuestas constitucionales y soluciones iusfilosóficas de los abogados de Bush II. Ciertamente, muchos iusnaturalistas compartían con el ex gobernador de Tejas ideas en lo relativo al matrimonio homosexual y buena parte de las cuestiones bioéticas más controvertidas⁹⁶; sin embargo, estas puntuales coincidencias políticas no empañan el hecho de que el derecho natural moderno sea una sofisticada teoría del derecho, que afirma la existencia de una relación estrecha entre la argumentación jurídica y la razón práctica⁹⁷, y que por ello

⁹⁴ Ibidem., p. 41.

⁹⁵ Y más concretamente: (1) todos los derechos (y no sólo el privilegio de mandato de *habeas corpus*, sino todos los derechos) pueden ser negados a un combatiente enemigo extranjero que haya sido capturado en el extranjero y trasladado a los Estados Unidos (Posner tiene mayores reparos a la hora de negar derechos a los extranjeros que ya eran residentes en Estados Unidos, (páginas 41 y 58); (2) ha de volver a considerarse cuál sea la consistencia del derecho a la tutela judicial efectiva, aumentando el período de tiempo durante el cual puede detenerse y mantenerse incomunicada a una persona por orden del ejecutivo (pp. 65 y 73); si existen razones para sospechar que un ciudadano sea terrorista, habrá de ser posible su detención gubernativa en términos semejantes (pp. 67 y 73); (3) es aceptable que se proceda a llevar a los combatientes enemigos ante comisiones militares y no ante jueces ordinarios incluso cuando haya concluido el conflicto militar (pp. 73); (4) puede exigirse que los acusados demuestren no ser terroristas, alterando la carga de la prueba definida por el principio de presunción de inocencia (p. 58); (5) es correcto recurrir a la tortura si subsiste un “estado de necesidad” (pp. 12 y 81).

⁹⁶ J. FINNIS, ‘The Good of Marriage and the Morality of Sexual Relations: Some Philosophical Observations’, *American Journal of Jurisprudence*, núm. 42, 1997, pp. 97-134; R. P. GEORGE, *The Clash of Orthodoxies: Law, Religion, and Morality in Crisis*, ISI Books, Wilmington, Delaware, 2001

⁹⁷ J. FINNIS, *Natural Law and Natural Rights*, Oxford University Press, 1980. Véase también la crítica muy reconciliadora de N. D. MACCORMICK, ‘Natural Law Reconsidered’, *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 1, 1981, pp. 99-109.

debería conducir a que iusnaturalistas y juristas de la corte de Bush II ocupasen un espacio teórico y práctico bien distinto, aunque sólo fuera por el hecho de que la conexión estructural y sustantiva entre derecho y moral que Finnis y George dicen sostener habría de conducir naturalmente (y valga el juego de palabras) a una crítica radical de la teoría y la práctica constitucional de Bush II.

Y sin embargo, la teoría moderna del derecho natural ha prestado servicios impagables a los abogados de Bush II en un punto concreto (y determinante); a saber, en la justificación (y racionalización) de la concepción dualista de la Constitución y la consiguiente defensa del poder ilimitado del Presidente mientras se prolongan las situaciones de emergencia. O lo que es lo mismo, del derecho natural moderno los juristas bushianos han derivado elementos fundamentales para construir su peculiar principio *inter armas silent leges et mores*; y al hacerlo, han puesto de relieve que el derecho natural moderno reposa sobre un fundamento prescriptivista no por remoto menos fundamental. En un pasaje poco citado de *Derecho Natural y Derechos Naturales* John Finnis afirma que “cuando una sociedad sufre una amenaza militar, económica o ecológica”⁹⁸, lo que el ejecutivo decida y pretenda convertir en ley aplicable debe ser considerado no sólo como jurídica, sino también como moralmente debido. Los políticos y hombres de estado se ven obligados a dejar de lado “temporal pero a veces radicalmente” la constitución ordinaria; al tiempo que, parece implicarse, los ciudadanos y los académicos deben guardar silencio y obedecer, dado que “nada puede decirse que sirva de guía en la identificación de cuáles sean tales momentos o cómo haya de actuarse en ellos”. En los momentos decisivos, por tanto, el derecho deja de ser patrón y razón de la acción; antes al contrario, el poder constituido legalmente deja de estar limitado por el derecho y por la razón práctica, y se ejerce mediante exclusiva referencia al juicio político *individual*⁹⁹. Sea cual sea la naturaleza del ejercicio de la política al margen del derecho, es obvio que no

⁹⁸ Finnis, *supra*, n 97, p.246

⁹⁹ Ibid p. 275. La cita completa se reproduce al inicio de este artículo. En ‘Responding Justly to Terrorism’, *Crisis Magazine*, disponible en <http://www.crisismagazine.com/november2001/feature3.htm>, George dice: “Although not all of Bush’s policies are fully in line with Catholic moral and social teaching, he has in his campaign and in the conduct of his office listened respectfully to Catholic voices and sought to learn from the wisdom of Catholic teaching. Indeed, some of his key initiatives seem to be shaped quite directly by principles of Catholic social thought. It is hard to think of a president who has been more interested in what the Church has to say. I hope that in shouldering the profound burden of sending men abroad to kill and die, the president will draw heavily

se corresponde a la de política como razón práctica aplicada y enmarcada por el derecho.

No sería de extrañar que más de un defensor del iusnaturalismo (o ecuánime lector no necesariamente iusnaturalista) replicara que estoy dando una importancia exagerada a un breve pasaje de un largo libro. No sería pertinente entrar aquí en una prolija exposición de los fundamentos prescriptivistas del iusnaturalismo moderno, y la relación que media entre la concepción aristotélica, agustina y tomasiana del derecho¹⁰⁰. Quizá sea menos demostrativa, pero sí al menos reveladora, la cita de los trabajos de Finnis y George en los que defienden algunos aspectos centrales de la teoría bushiana. Y muy especialmente el comentario a una sentencia de la *House of Lords* en la que Finnis¹⁰¹ aplica en buena medida la teoría expuesta en la cita de *Derecho Natural y Derechos Naturales* referida, al afirmar que la detención indefinida de los extranjeros (y sólo de los extranjeros) sospechosos de ser terroristas, sin mediar juicio y privándolos en buena medida del derecho a la tutela judicial efectiva, es defendible en tanto en cuanto los extranjeros no tienen derecho a la igualdad de trato cuando se trata de detención por sospecha de terrorismo¹⁰².

on what the Catholic tradition teaches about principles of justice in warfare. My prayer for him, for our country, and for all who will be affected by his decision is that he will observe these principles strictly. He could do no better for all of us than to do that". A lo que añadió, una vez iniciada la guerra de Irak: "It is a tragic fact of human affairs that sometimes statesmen cannot fulfill their moral duties to prevent aggression and resist tyranny relying exclusively on diplomatic or other non-military means. In these circumstances-though, to be sure, only then-just war theory supposes that the decision to fight is not merely optional; it is morally required", en Robert P. George, 'Just war in Iraq', available at http://www.americanvalues.org/html/1b__robert_george.html.

¹⁰⁰ Hay un pasaje revelador de la Ciudad de Dios de Agustín de Hipona (Libro XIX, capítulo sexto, relativo a los errores judiciales por ocultación de la verdad), en la que el padre de la Iglesia defiende la moralidad de la tortura del inocente, pues llamado el juez a tal ministerio, tiene que ensuciarse las manos a causa de la "misericordia del hombre". Sobre el efecto de refuerzo de la autoridad política del monarca en la teoría de la guerra justa de Aquinas, véase J. TURNER JOHNSON, 'Aquinas and Luther on War and Peace', *Journal of Religious Ethics*, núm. 31, 2003, pp. 3-20.

¹⁰¹ *A v Secretary of State for the Home Department* [2004] UKHL 56; [2005] 2 AC 68 (HL).

¹⁰² J. FINNIS, 'Nationality, alienage and constitutional principle', *Law Quarterly Review*, núm. 127, 2007, pp. 417-45, p. 438.

4. CONCLUSIÓN: LA CONSTITUCIÓN DE EMERGENCIA ENTRE EL DERECHO Y LA PROPAGANDA

Al defender con uñas, garras, dientes y dictámenes jurídicos la tesis de que los atentados terroristas del 11 de Septiembre marcan un antes y un después en la historia constitucional de la modernidad, los juristas de Bush II pretendieron justificar la apropiación del poder constituyente por Bush II, y su subsiguiente ejercicio para reescribir las normas constitucionales aplicables durante la previsiblemente larga “guerra contra el terrorismo”.

La reciente sentencia *Boumediene* del Tribunal Supremo, las varias comisiones de investigación abiertas en la Cámara de Representantes y en el Senado, y sobre todo, el cambio político de la opinión pública, reflejado no sólo en la elección de Barack Obama como Presidente, sino también en la consolidación de una mayoría social favorable a la persecución penal de Bush II me permiten concluir que la revolución constitucional estuvo a punto de consolidarse, pero parece irremisiblemente destinada al fracaso¹⁰³. Y sin embargo, aún es pronto para llegar a esa conclusión, por muy esperanzadora que sea. La mayoría que decidió *Boumediene* no pudo ser más estrecha (y es más que probable que Obama no tenga ocasión de decidir quién sea el sustituto de los cuatro jueces neo-conservadores de la minoría). Las investigaciones del Congreso han logrado que sepamos más acerca de la práctica constitucional de Bush II, pero carecen de un objetivo claro y preciso. Y, sobre todo, dista de ser obvio que los ciudadanos estadounidenses (y europeos) hayamos desarrollado los anticuerpos políticos necesarios para evitar una nueva manipulación de hechos y derechos tras un eventual futuro atentado terrorista.

En este artículo he tratado de poner de relieve cómo los abogados de Bush II no sólo han ofrecido sustento a una práctica constitucional que implicaba un

¹⁰³ Sobre revoluciones constitucionales fallidas, véase el análisis de Bruce Ackerman en su trilogía *We the People*, (primer volumen: *Foundations*, 1991; segundo volumen: *Transformations*, 1997; tercer volumen en preparación; un adelanto en ‘The Living Constitution’, *Harvard Law Review*, núm. 120, 2007, pp. 1737-1812; los tres volúmenes han sido o serán publicados por Harvard University Press). En el 2005, Ackerman publicó *The Failure of the Founding Fathers*, Cambridge (MA): Harvard University Press, que si bien no forma parte de la trilogía, se ocupa de cuestiones afines a las que cubren los tres volúmenes de la citada obra. Véase asimismo J. M BALKIN and S. LEVINSON, ‘Understanding Constitutional Revolution’, *Virginia Law Journal*, núm. 87, 2001, pp. 1045-1104. Específicamente sobre la revolución bushiana, véase la nota de Balkin ‘This is what a failed a constitutional revolution looks like’, en <http://balkin.blogspot.com/2008/06/this-is-what-failed-revolution-looks.html>.

cambio radical en el derecho constitucional positivo y una flagrante violación de algunas verdades evidentes por sí mismas, sino al hacerlo, han pretendido transformar el sustento teórico de la práctica constitucional. El fracaso constituyente parece haber venido acompañado de un moderado éxito en términos teóricos, al haber dado nuevo lustre a las teorías prescriptivistas del derecho, y al haber puesto de relieve el sustrato prescriptivista oculto o cuando menos poco visible de algunas teorías del derecho. La influencia teórica de los juristas de Bush II es menos obvia y evidente que su programa de cambio constitucional, pero precisamente por ello es más peligroso a largo plazo. Aunque sólo sea por el riesgo de volver a enfrentarnos a variantes de Bush II, es necesario tomarse en serio el discurso jurídico de estos últimos años, y no caer en la tentación de caracterizar lo sucedido como un cúmulo de excentricidades constitucionales. En particular, es necesario un esfuerzo crítico consistente con las premisas y las consecuencias de las distintas concepciones y teorías del derecho. Y ello porque la perniciosidad de la revolución constitucional de Bush II deriva tanto de su carácter explícito (Bush II y Cheney no querían sólo operar impunemente en las “sombras constitucionales”, sino atacar frontal y públicamente las doctrinas constitucionales y las teorías constitucionales y legales en las que se asientan las leyes fundamentales estadounidenses con el objeto de maximizar el poder presidencial) como de su influencia teórica. Como se ha indicado, las cuatro enmiendas constitucionales de Bush II han sido repudiadas o lo serán en breve por los principales actores políticos y por la ciudadanía, pero el debate público y sobre todo jurídico sigue discurriendo por un cauce impuesto por la administración Bush II. Baste pensar que tan sólo hace diez años, cualquier propuesta de juridificación de la tortura habría sido considerada como marcadamente extravagante; hoy sigue considerándose como una idea sobre la que personas cultas pueden disentir razonablemente.

Dicho lo cual, es conveniente tener presente que los juristas de Bush II no eran miembros de la república de las letras, sino funcionarios públicos que decidieron cuestiones de vida y muerte, y cuyas opiniones jurídicas tuvieron una notabilísima influencia sobre la vida e integridad de personas bien concretas. Son ya de dominio público pruebas contundentes de la conexión causal entre varias violaciones del derecho constitucional interno y del derecho internacional tipificables como delitos derivadas de las cuatro enmiendas constitucionales, y el consejo legal de varios juristas que trabajaron en la administración Bush II, y muy señaladamente, en la Oficina de Consejo Jurídico del Departamento de Justicia en los meses inmediatamente posteriores al 11/S. Es público y notorio que operativos de la CIA y personal militar cometieron actos que sólo pue-

den ser calificados como delitos de conformidad con el derecho estadounidense y el derecho internacional (el Presidente y el Vicepresidente reconocieron haber ordenado y aprobado algunas de tales acciones)¹⁰⁴. Si bien los abogados de Bush II se han defendido repitiendo machaconamente que se limitaron a informar sobre lo que la ley decía, y por ende, no son responsables de lo que los políticos decidieran hacer dentro los límites que marca la ley, el estándar de responsabilidad establecido en derecho internacional desde los juicios de Nüremberg no excusa su comportamiento. El asesoramiento jurídico basado en el falseamiento partidista y torticero de lo que la ley dice no exime de responsabilidad penal, sino que, antes al contrario, la fundamenta¹⁰⁵. La responsabilidad penal de los abogados de Bush II no es un mero tema de debate político, sino una cuestión de principio que concierne a todos los juristas, y me atrevería a decir, a todos los universitarios y profesionales en general. Al tiempo que desde una perspectiva política, sólo el esclarecimiento de lo sucedido puede conducir a la regeneración de la *res publica* y al establecimiento de una paz duradera.

Finalmente, creo que sería un error estudiar las teorías constitucionales y legales de Bush II como si fueran simplemente teorías jurídicas. Si así procediéramos, no sólo estaríamos en buena medida contribuyendo a su dignificación, sino que perderíamos de vista el papel fundamental que han desempeñado en la transformación de la práctica política y constitucional. Es por ello que hemos de tener presente la naturaleza propagandística de la teoría del derecho de Bush II. Las medidas a través de las cuales se ha querido subvertir el orden constitucional no hubieran sido posibles sin la cobertura prestada por los argumentos formalmente constitucionales presentados en su defensa. El discurso jurídico de los secuaces de Bush II fue

¹⁰⁴ Muy especialmente, véase la sentencia en *US v Alstoetter*, de la que se ocupa en profundidad M. LIPPMAN, 'The Prosecution of Josef Alstoetter et al: Law, Lawyers and Justice in the Third Reich', *Dickinson Journal of International Law*, núm. 16, 1997, pp. 343-434. Sobre *Alstoetter* y los fundamentos en los que podría fundamentarse la persecución de los abogados de Bush II, véase M. MARKOVIC, 'Can Lawyers Be War Criminals?', *Georgetown Journal of Legal Ethics*, núm. 20, 2007, pp. 347-68.

¹⁰⁵ 'A Review of the FBI's involvement and observations of detained interrogations in Guantanamo Bay, Afghanistan and Iraq', disponible en <http://www.usdoj.gov/oig/special/s0805/final.pdf>, página xxii. Cuatro libros recientes han articulado argumentos contundentes para iniciar procedimientos penales. Véanse M. RATNER, *The Trial of Donald Rumsfeld. A Trial by Book*, The New Press, New York: 2008; Ph. SANDS, *Torture Team*, Allan Lane Press, London: 2008; E. de la VEGA, *US v Bush*, Seven Stories Press, New York, 2006 and V. BUGLIOSI, *The Prosecution of George W. Bush for Murder*, Vanguard Press, New York, 2008.



fundamental para convencer a la multitud de que las voces críticas disidentes no merecían que se les prestase atención. De que lo que se estaba haciendo era legal y moralmente permisible. En nuestras sociedades modernas, en las que la fuerza simplemente es incapaz de asegurar la integración social, y en las que la mayoría de la población está convencida de que el derecho es el depositario –aún infiel– de los valores morales de la sociedad, todo intento de justificar poderes excepcionales y excéntricos del ejecutivo tiene que sustentarse en argumentos jurídicos para resultar mínimamente convincente. Cuando los argumentos jurídicos que se invocan son embustes festoneados de artículos de leyes, cuando la forma del derecho se pone al servicio de la espada del poder, el derecho se desconecta de la razón práctica y se convierte en mera propaganda (barata)¹⁰⁶. La subversión propagandista del derecho dista de ser una novedad. Es característica, como nos ha recordado Scott Horton¹⁰⁷, del discurso de los abogados de mafiosos, que reducen el derecho a una mera técnica al servicio de un fin¹⁰⁸. Pero quizá sea más pertinente (y preocupante) observar las similitudes entre la teoría constitucional y legal de los juristas de la corte de Bush II y los abogados de los regímenes fascistas de la Europa de entreguerras. La reiterada apelación de los secuaces jurídicos de Bush II a circunstancias radicalmente novedosas que exigen teorías del derecho de nueva planta, así como la necesaria sujeción de las instituciones y normas del derecho a las exigencias de las circunstancias despiertan en el lector una frustrante sensación de *déjà-vu*¹⁰⁹.

¹⁰⁶ No es en modo alguno sorprendente que los principales defensores de la teoría constitucional de Bush II (incluidos los Jueces Scalia y Thomas) sean fieles espectadores del show televisivo 24. Véase Sands, *supra*, note 104.

¹⁰⁷ 'The Green Light', 2 de Abril de 2008, disponible en <http://harpers.org/archive/2008/04/hbc-90002779>

¹⁰⁸ B. Z. TAMANAHA, *Law as a Means to an End: A Threat to the Rule of Law*, Cambridge University Press, 2006.

¹⁰⁹ Véanse S. LEVINSON, 'Torture in Iraq and the Rule of Law in America', *Daedalus*, núm. 133, 2004, pp. 5-9, disponible en <http://www.amacad.org/publications/summer2004/levinson.pdf>; y S. HORTON, 'The Return of Carl Schmitt', *Balkinization*, 7 November 2005, disponible en <http://balkin.blogspot.com/2005/11/return-of-carl-schmitt.html>. Lejos de mi intención establecer comparaciones facilonas entre la "guerra contra el terrorismo" y otros conflictos; o entre Bush II y otros líderes políticos. Lo que afirmo es meramente atinente a los argumentos de los abogados de Bush II, que son comparables a los de, por ejemplo, Carl Schmitt (como los propios Levinson y Horton sugieren), Karl Larenz, Alfredo Rocco, Sergio Panunzio o Francisco Javier Conde. Sobre la pervisión fascista del derecho, véase Ch. JOERGES and N. SINGH (ed.), *Darker Legacies of Law in Europe*, Hart Publishers, Oxford, 2003.

Confiemos en que seamos capaces de lograr que el paralelismo termine ahí.

AGUSTÍN JOSÉ MENÉNDEZ
Universidad de León
Facultad de Derecho
Campus Universitario de Vegazana
Leon 24071
e-mail:agustin.menedez@unileon.es

